

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2010-2020



MEDIDAS DE SEGURIDAD Especial mención a la Libertad Vigilada



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2010 - 2020**

**Medidas de Seguridad
y Libertad Vigilada**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2010 - 2020

Medidas de Seguridad y Libertad Vigilada

I.^a edición
Septiembre de 2021



MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**DIRECCIÓN GENERAL DE EJECUCIÓN PENAL
Y REINSERCIÓN SOCIAL
CENTRAL PENITENCIARIA DE OBSERVACIÓN**

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

Coordinación y Supervisión:

Petra Mínguez Pérez

Coordinadora del Equipo Técnico de la Central Penitenciaria de Observación

Elaboración y Comentarios:

Marta Jiménez López

Jurista de la Central Penitenciaria de Observación

Tratamiento Informático:

Vicente Fernández Fernández

Jefe de Sección de la Central Penitenciaria de Observación

Catálogo general de publicaciones oficiales

<https://cpage.mpr.gob.es>

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica



Producción encomendada a:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario
y Formación para el Empleo



Diseño y Maquetación:

Taller de Artes Gráficas

Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



CÁMARA CERTIFICA QUE EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN IMPRESIÓN, ARTES GRÁFICAS, DISEÑO Y CONFECCIÓN INDUSTRIAL Y CARPINTERÍA METÁLICA ES CONFORME A LA NORMA ISO 9001:2015. CENTROS DEL ALCANCE: MADRID I, MADRID III, MADRID V, TOPAS, EL DUESO, CÓRDOBA, JAÉN, SEGOVIA, OCAÑA I, OCAÑA II, MONTERROSO Y LA GERENCIA DE LA EEDPTPFE

NIPO Web: 126-21-044-7

PRÓLOGO

La Central Penitenciaria de Observación, además de la recopilación anual de resoluciones judiciales clasificada por materias, viene realizando recopilaciones monográficas no sujetas a periodicidad sobre algún tema penitenciario concreto de interés. El objetivo es ofrecer un instrumento de consulta útil y ágil que permita conocer a los distintos profesionales del derecho la evolución de la aplicación de la norma en ese tema, incluyendo una valoración técnica realizada, en este caso, por una Jurista de la Central Penitenciaria de Observación.

*Tanto por su actualidad como por su relevancia para la ejecución penitenciaria, en esta ocasión se ha visto conveniente, la recopilación de resoluciones judiciales en materia de **Medidas de Seguridad con especial atención a la Libertad Vigilada.***

Hasta el momento, las Medidas de Seguridad no habían tenido una atención importante ni una significativa repercusión en el ámbito de ejecución penitenciaria, al no primar en las mismas el carácter retributivo que en parte sí se establece a la pena privativa de libertad. Con la entrada en vigor del Real Decreto 840/2011 que desarrolla la reforma obrada por la Ley Orgánica 5/2010, se atribuye expresamente a la Administración Penitenciaria, en sus artículos 21 y 22, la competencia expresa para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad consistentes en el internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria.

Sin embargo, el aumento en los últimos años del cumplimiento de Medidas de Seguridad dentro de los centros penitenciarios de carácter ordinario conlleva una serie de dificultades para esta Administración que se han considerado dignas de ser analizadas mediante

esta publicación, dedicándose por ello un capítulo en concreto al estudio de estas resoluciones.

En este marco, especial mención merece la Libertad Vigilada, introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código Penal, dentro de la regulación de las Medidas de Seguridad. La Libertad Vigilada tiene la característica especial, frente al resto de Medidas de Seguridad, de no basarse en la imputabilidad/inimputabilidad del sujeto, sino en su pronóstico de peligrosidad futura en relación a la actividad delictiva cometida.

La relativamente reciente implantación de esta medida tras el cumplimiento de condena por la comisión de determinados delitos, ha supuesto el incremento de resoluciones judiciales imponiendo esta medida tras la excarcelación por cumplimiento de una pena de prisión, incremento que refleja una lógica diversidad interpretativa tanto en la aplicación y efectos de la misma como en el seguimiento de su cumplimiento a lo largo del tiempo por el que haya sido impuesta. Esta diversidad en las resoluciones, que supone importantes implicaciones en el quehacer diario de la Administración Penitenciaria, es la que motiva su especial estudio en esta publicación y que igualmente ha motivado la regulación de la gestión de la libertad vigilada postpenitenciaria mediante la Orden de Servicio 5/2021 de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social. No obstante, en esta publicación se incluyen también resoluciones relativas a la Libertad Vigilada en todas sus formas de ejecución previstas en los artículos 105 y 106 del Código Penal.

En este trabajo, en relación a esta mencionada medida se analizan contenidos referentes a cuestiones de diversa índole. Muy especialmente se han querido reflejar situaciones que implican una problemática novedosa, como es por ejemplo la coexistencia entre la libertad vigilada y otras figuras jurídicas, tales como el instrumento previsto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea.

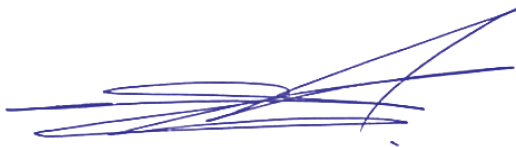
En esta misma línea, se han analizado resoluciones en las que se abordan las decisiones tomadas en referencia al contenido de la libertad vigilada dado que en ocasiones, resulta necesario la modificación de las medidas que la conforman en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Por último, en esta publicación también se contienen resoluciones que tienen por objeto la resolución de cuestiones de competencia en materia de libertad vigilada.

Como el lector podrá observar se ha tratado de sintetizar todos aquellos aspectos relativos a esta medida cuya aplicación práctica pudiera resultar más relevante en el día a día de nuestros centros penitenciarios.

Como siempre, quiero agradecer el esfuerzo del trabajo de la Central Penitenciaria de Observación en el desarrollo de sus cometidos; en particular quiero hacerlo a la jurista autora de la presente Edición, Marta Jiménez López encargada de la selección y comentarios sobre los aspectos que se consideran más relevantes y novedosos de esta materia, y a Vicente Fernández Fernández, encargado de los trabajos de preparación de la publicación, haciendo extensivo este agradecimiento a los distintos profesionales de los centros penitenciarios, que han aportado las resoluciones judiciales que en esta Edición se comentan.

Madrid, 14 de septiembre de 2021



Fdo.: Ángel Luis Ortiz González
Secretario General de Instituciones Penitenciarias

SUMARIO

SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo	7
Índice	17
Comentarios	31
MEDIDAS DE SEGURIDAD	73
Aspectos procedimentales	75
Concurrencia de pena y medida de seguridad	254
Sustitución de medida de seguridad	271
Suspensión de condena y medida de seguridad	295
Artículo 60 del Código penal	324
Internamiento en Centro Penitenciario ordinario	345
Modificación de internamiento	353
Medidas cautelares en medidas de seguridad	368
Salidas	405
Quebrantamiento de medidas de seguridad	408
Otros	449
LIBERTAD VIGILADA	473
Ley 23/2014 y libertad vigilada	475
Libertad vigilada y expulsión	505
Contenido de la libertad vigilada	514
Cuestión de competencia	530
Índice analítico	553

ÍNDICE

ÍNDICE

	<i>Página</i>
MEDIDAS DE SEGURIDAD	73
Aspectos procedimentales	75
1) Sentencia del Tribunal Constitucional número 124/2010, de fecha 29-11-2010. Se anula parte del fallo condenatorio en el que se establecía la imposibilidad de revisar la medida de seguridad de internamiento hasta transcurridos 8 años	75
2) Sentencia del Tribunal Constitucional, número 217/2015, de fecha 22-10-2015. No procede la utilización de la prisión provisional prorrogada para los casos de absolución por eximente completa apreciada en sentencia pendiente de recurso	87
3) Sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Penal, número 609/2015, de fecha 14-10-2015. La exigencia de contar con los informes de los profesionales encargados de asistir al sometido a libertad vigilada está referida al momento de su ejecución, no de la imposición den sentencia	102
4) Sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Penal,, número 840/2015, de fecha 30-12-2015. En el caso de imposición de medida de seguridad de internamiento, se abonará la prisión provisional sufrida al límite máximo de la medida	110
5) Sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Penal, número 631/2016, de fecha 22-02-2016. Se estima recurso. Es necesario acreditar la necesidad del internamiento, según lo previsto en el artículo 101 del Código penal	117
6) Sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Penal, número 728/2016, de fecha 30-09-2016. Requisitos y tratamiento de medida de seguridad	129
7) Sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Penal, número 705/2017, de fecha 25-10-2017. La duración máxima de las medidas de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito que se trate	142

8)	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, número 74/2019 de 30-05-2019. La medida de seguridad privativa de libertad estará definida por un único máximo que contemple la peligrosidad del sujeto que haya cumplido diversos actos tipificados como delitos	157
	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 34/2020, de fecha 06-02-2020. Se desestima el recurso de casación, confirmado todos los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	173
9)	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 370/2020, de fecha 03-07-2020. La libertad vigilada se debe imponer atendiendo a la peligrosidad del autor del delito .	191
10)	Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, de fecha 05-01-2012. El plazo impuesto en medida de internamiento debe considerarse como tope máximo de duración temporal	203
11)	Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de fecha 27-06-2016. No se puede avalar jurídicamente un “ingreso transitorio en prisión” hasta que se pueda materializar su traslado a un hospital psiquiátrico penitenciario	205
12)	Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 07-02-2017. Recordatorio de la jurisprudencia en materia de requisitos para la imposición de medidas de seguridad	213
13)	Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, de fecha 01-03-2017. Se establece el límite en favor del reo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable	224
14)	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, número 8/2019 de 22-01-2019. Cuando la imposición de la medida de libertad vigilada no es preceptiva, es necesario justificar su necesidad y proporcionalidad	229

- 15) Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 06-03-2019. Cuestiones sobre la imposición de la medida de libertad vigilada y la determinación de su contenido ... 246

Concurrencia de pena y medida de seguridad 254

- 16) Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda de fecha 26-04-2010. No procede cumplir medida de seguridad en Centro Penitenciario 254

- 17) Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda de fecha 27-09-2011. Ante el quebrantamiento de la medida, procede el cumplimiento de la pena 258

- 18) Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera de fecha 15-11-2019. Concurrencia de pena y medida de seguridad. Especial mención al artículo 99 del Código penal 261

- 19) Auto del Juzgado de lo Penal Número 1 de Vigo, de fecha 27-12-2019. Cumplimiento de la medida de sumisión a tratamiento en el módulo de psiquiatría 265

- 20) Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Tribunal del Jurado, de fecha 22-06-2020. Aclaración en situación de concurrencia de pena y medida de seguridad en caso de eximente incompleta 268

Sustitución medida de seguridad 271

- 21) Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, de fecha 20-01-2010. No se puede modificar el plan de ejecución acordado. Supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica 271

- 22) Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimosexta, de fecha 02-02-2010. Se desestima el recurso mediante el que se solicitaba la adopción de una medida de internamiento “ex novo” en fase de ejecución 273

23)	Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, de fecha 19-10-2016. Se procede a la sustitución de la medida de internamiento en Centro Penitenciario por la de tratamiento ambulatorio siempre que se mantenga el soporte psicoterapéutico de su equipo mental de referencia .	276
24)	Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, de fecha 04-01-2017. No procede la sustitución de la medida de internamiento por la de tratamiento ambulatorio. El sometido a la medida no está en condiciones clínicas para que opere la sustitución	279
25)	Auto del Juzgado de lo Penal número 32 de Madrid, de fecha 13-03-2018. Se sustituye la medida de internamiento externo por la de internamiento debido a incumplimiento.	282
26)	Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, de fecha 22-03-2018. Se declara ajustado a derecho la sustitución de la medida de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento médico por medida de seguridad privativa de libertad en centro médico	284
27)	Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de fecha 19-09-2018. Se confirma la sustitución de la medida de libertad vigilada por la de internamiento en centro psiquiátrico	289
28)	Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, de fecha 24-07-2019. Se estima recurso frente a la sustitución de libertad vigilada por la de internamiento en unidad psiquiátrica penitenciaria	291
	Suspensión de condena y Medidas de Seguridad	295
29)	Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 07-04-2010. La imposición de la libertad vigilada es imperativa en los casos previstos legalmente, aunque la pena impuesta sea susceptible de suspensión	295
30)	Auto de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Tercera, de fecha 11-02-20126. Se suspende la ejecución de la pena, manteniendo la libertad vigilada que se convierte en condición expresa de la suspensión	304

31) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, de fecha 22-01-2018. Tras la revocación de la suspensión de la pena, no procede el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en Centro Penitenciario	306
32) Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, de fecha 12-09-2019. Supuesto de suspensión de la ejecución de la pena una vez cumplida la medida de libertad vigilada	308
33) Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, de fecha 31-10-2019. Se estima recurso acordando la suspensión de la ejecución de la pena una vez que cumplida la medida de libertad vigilada	313
34) Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Ceuta, de fecha 02-04-2013. Se ordena el cumplimiento de la libertad vigilada en Centro Penitenciario antes los servicios médicos de la prisión	317
Artículo 60 del Código penal	324
35) Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 07-04-2010. La competencia para la aplicación del artículo 60 del Código penal, debido a enajenación del penado después de sentenciar firme, le corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria	324
36) Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria del 01-06-2011. Se estima recurso interpuesto frente a la aplicación del artículo 60 del Código penal por considerar la medida impuesta más gravosa que la propia pena	327
37) Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 08-03-2017. No procede la aplicación del artículo 60 del Código penal. No obstante, puede ser aconsejable el seguimiento periódico por parte de una unidad de salud mental	329

38)	Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 11-04-2018. No procede la aplicación del artículo 60 del Código penal. No se puede justificar la misma únicamente en la presencia de una enfermedad	331
39)	Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa - Sección Primera, de fecha 31-10-2018. Suspensión de la pena antes del inicio de la ejecución. Aplicación analógica del artículo 60 del Código penal	333
40)	Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 12-12-2019. La aplicación del artículo 60 del Código penal es competencia exclusiva del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria	337
41)	Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 04-03-2020. La aplicación del artículo 60 del Código penal es competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que dispone una nueva potenciación de sus funciones	339
42)	Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de fecha 22-07-2020. Se suspende el cumplimiento de la pena en virtud del artículo 60 del código penal, aconsejando la no adopción de una medida privativa de libertad	342
	Internamiento en Centro Penitenciario ordinario	345
43)	Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera de fecha 06-07-2017. Se indica que el interno puede cumplir la media de seguridad de internamiento en el área de enfermería del Centro Penitenciario	345
44)	Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima de fecha 14-10-2016. No se acceden al traslado solicitado por el interno sometido a medida de internamiento por ser competencia de Instituciones Penitenciarias, siempre que se le mantenga incluido en PAIEM	346
45)	Auto de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección Primera de fecha 03-02-2020. Se desestima recurso. Es posible el cumplimiento de medida de internamiento en régimen cerrado en el Centro Penitenciario de Segovia	349

	<i>Página</i>
Modificación de internamiento	353
46) Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera de fecha 04-09-2017. No procede la modificación de la medida de internamiento en Centro Psiquiátrico, que no está cumplimento en el módulo de enfermería de Centro Penitenciario ordinario	353
47) Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera de fecha 20-10-2017. No procede la modificación del internamiento. El equipo multidisciplinar aconseja el relajamiento del mismo y su compatibilización con salidas terapéuticas	355
48) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta de fecha 17-10-2018. Se desestima el recurso contra la resolución que acordaba el traslado desde una clínica a unidad psiquiátrica de centro penitenciario	358
49) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda de fecha 11-05-2020. Se alza la medida de seguridad y se ordena el cumplimiento de la pena en un Centro Penitenciario	359
50) Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima de fecha 21-07-2020. Se modifica la medida para cumplimiento en hospital psiquiátrico penitenciario por considerarlo más adecuado dadas las circunstancias del sometido a la misma	365
Medidas cautelares en medidas de seguridad	368
51) Sentencia del Tribunal Constitucional número 84/2018, de fecha 16 de julio de 2018. No cabe privar de libertad al absuelto por aplicación de eximente incompleta mientras se resuelve el recurso interpuesto, salvo por causa del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	368
52) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, de fecha 8-11-2016. Se desestima recurso. No se puede imponer cautelarmente una medida de seguridad ...	397

53) Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, de fecha 28-06-2019. No es posible el mantenimiento cautelar de un internamiento, salvo que se acuda a la vía del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	399
Salidas	405
54) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 268/2019, de fecha 20 de mayo de 2019. Se desestima recurso contra auto no autorizando salida debido a la presencia de tensión psíquica que necesita mayor observación	405
Quebrantamiento de medida de seguridad	408
55) Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, de fecha 16-11-2010. Ante el quebrantamiento de la medida de seguridad del internamiento en Proyecto Hombre, se ordena su traslado a centro psiquiátrico penitenciario	408
56) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Algeciras de fecha 03-02-2017. Incumplimiento grave de obligación contenida en libertad vigilada. Se deduce testimonio por delito de quebrantamiento	411
57) Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, de fecha 28-05-2018. El incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada no constituye necesariamente un delito de quebrantamiento, salvo que se aprecie reiteración gravosa	413
58) Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, de fecha 01-06-2018. En el caso de libertad vigilada impuesta a menor, si la quebrantara cuando haya alcanzado la mayoría de edad, dicho quebrantamiento será enjuiciado por la jurisdicción ordinaria	415

	<i>Página</i>
Otros	449
59) Auto del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, de fecha 22-02-2017. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente para autorizar salidas terapéuticas	449
60) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, de fecha 07-05-2014. Se desestima recurso contra la denegación de la reclamación formulada en relación a los gastos soportados por una comunidad autónoma como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad	452
61) Sentencia 48/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 04/04/2019. Responsabilidad de la Administración Penitenciaria por no atender las exigencias de la libertad vigilada en los términos establecidos por el Tribunal Sentenciador	462
62) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Lugo, de fecha 03-03-2020. Se autoriza salida programada para realizar recorrido a pie de 22 kilómetros	471
LIBERTAD VIGILADA	473
Ley 23/2014 y libertad vigilada	475
63) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Madrid de fecha 30-12-2016. No se puede transmitir suspensión con libertad condicional si no hay medidas de libertad vigilada	475
64) Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, de fecha 16-01-2018. Se desestima recurso del Ministerio Fiscal. No es necesario que la libertad condicional a disfrutar en el país de origen, se tramite conforme a la Ley 23/2014 como resolución de libertad vigilada	483
65) Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 2-10-2018. Denegación de transmisión de condena en virtud de la Ley 23/2014, al no acreditarse la posibilidad de cumplimiento de la libertad vigilada	488

66) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimoprimera, de fecha 19-09-2019. No se puede transmitir la ejecución de la pena al haberse impuesto la medida de libertad vigilada al no estar concretado su contenido	490
67) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 Villena, fecha 15-01-2020. No se puede transmitir una condena al llevar aparejada una libertad vigilada. Falta de concreción del contenido de la misma	495
68) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Lugo, fecha 23-04-2020. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la estimación del recurso interpuesto frente al mismo. Si es posible la transmisión de la libertad vigilada cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad ...	498
Libertad vigilada y expulsión	505
69) Auto de la Audiencia Provincial Sección Segunda de Lugo, de fecha 16-07-2014. Una vez decretada la sustitución íntegra de la pena por la de expulsión, esta se debe ejecutar aunque la pena lleve aparejada una medida de libertad vigilada	505
70) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Único de Murcia, de fecha 27-07-2020. Se propone la sustitución de la medida de libertad vigilada por la expulsión a su país de origen, dados los factores que dificultan la reinserción social del penado en España	510
Contenido de la libertad vigilada	514
71) Auto del Juzgado de lo Penal nº 2 de Ceuta, de fecha 10-02-2020. Se modifica, eliminado la obligación de participar en programa formativo sexual	514
72) Auto de la Audiencia Provincial de Palencia, de fecha 09-06-2020. Se declara no haber lugar a la sustitución de la medida de participación en programa de educación sexual	520

73)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Único de la Región de Murcia, de fecha 27-07-2020. Se incluye el seguimiento y control por parte del gabinete psicológico del CIS	523
74)	Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, de fecha 01-02-2021. Se mantiene la obligación de participar en programas de educación sexual	527
	Cuestión de competencia	530
75)	Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 15-11-2017. Para el control de la libertad vigilada será competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al domicilio, por el principio de inmediación y operatividad práctica	530
76)	Auto de la Audiencia Provincial Sección Tercera de Córdoba, de fecha 27-09-2017. Para la aprobación de la propuesta en relación a la libertad vigilada, se considera competente al Juzgado de lo Penal y no al Juzgado de Instrucción	535
77)	Auto de la Audiencia Provincial Sección Tercera de Córdoba, de fecha 23-11-2017. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente para el seguimiento y control continuo de la libertad vigilada	537
78)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, de fecha 18-12-2018. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se declara incompetente respecto al control de la libertad vigilada después de la suspensión de la condena .	540
79)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Madrid, de fecha 08-10-2020. La competencia para el seguimiento y control de la libertad vigilada post-penitenciaria le corresponde al Tribunal sentenciador	546
80)	Providencia del Juzgado de lo Penal Número 4 de Pontevedra, de fecha 01-02-2021. Se requiere a la Administración Penitenciaria para la ejecución del programa formativo de Seguridad Vial como parte de la media de libertad vigilada	550

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

Aunque en las distintas ediciones de las compilaciones de Jurisprudencia Penitenciaria que se han publicado a lo largo de los años se han ido recogiendo algunas resoluciones en materia de medidas de seguridad, hemos creído conveniente, dado el protagonismo que están adquiriendo en los últimos tiempos, editar una compilación monográfica sobre las mismas.

Esta recopilación tiene como finalidad la difusión de aquellas resoluciones que consideramos más relevantes y de mayor interés para el desempeño de la labor de los profesionales penitenciarios.

Como el lector podrá observar, este monográfico está dividido en dos grandes apartados: Medidas de Seguridad y Libertad Vigilada.

En primer lugar, nos encontraremos con un primer bloque que contiene resoluciones que afectan a aspectos comunes y aplicables a todas las medidas de seguridad, tales como cuestiones procedimentales o que abordan otras problemáticas, como las sustituciones de las distintas medidas de seguridad o incluso abordan supuestos de quebrantamiento de las mismas.

Asimismo, debemos puntualizar que algunos de los autos y sentencias aquí contenidos, en ocasiones, versarán sobre medidas de internamiento que no necesariamente son cumplidas en centros psiquiátricos penitenciarios, pero se ha creído conveniente incluirlas dada su posible relevancia en el marco teórico.

Por otro lado encontraremos el segundo bloque que está dedicado específicamente a la libertad vigilada. Aunque partimos de la base de que es una de las medidas de seguridad contempladas en nuestra legislación, hemos creído conveniente dedicarle un apartado específico, debido a la especial relevancia que ha cobrado en los últimos tiempos. En este apartado hemos querido hacer mención a cuestiones muy específicas sobre esta medida con gran interés en el ámbito penitenciario, abordando situaciones como

por ejemplo las actuaciones en materia de aplicación de la Ley 23/2014, cuestiones directamente relacionadas con el contenido de la medida o resoluciones que tienen por objeto abordar la problemática de atribución de competencias en esta materia.

En relación al bloque general centrado en las medidas de seguridad en su totalidad y en concreto, al primero de los aspectos mencionados, el dedicado a las cuestiones procedimentales, encontraremos sentencias especialmente relevantes, entre las que destacamos en primer lugar la dictada por el Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2010. En la misma se estima parcialmente el recurso de amparo al entenderse vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad de las infracciones y sanciones penales al haberse establecido en la sentencia recurrida la no revisión de la medida de seguridad impuesta hasta transcurridos ocho años de internamiento. Este apartado contiene igualmente resoluciones que versan sobre los límites máximos que han de operar en la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad, sirviendo como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal dictada el 25 de octubre de 2017, así como la sentencia de 30 de mayo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y su confirmación por parte del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2020.

A lo largo de este monográfico también nos encontraremos con varias resoluciones que tienen por objeto la aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal; disposición que tiene una incidencia clara y directa en el ámbito de la Administración Penitenciaria. Destacamos entre ellas, el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 1 de junio de 2011 en virtud del cual, se estima recurso interpuesto contra el auto del Juzgado de Vigilancia por considerar que la medida impuesta como consecuencia de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad resulta más gravosa que esta última.

En relación al bloque específico de Libertad Vigilada, nos detendremos en resoluciones que abordan determinadas situaciones en las que la ejecución de la citada medida puede generar cierta controversia, como por ejemplo si es necesario que para la transmisión de una resolución de libertad condicional a otro Estado miembro en virtud de la Ley 23/2014, se impongan como condiciones para el disfrute de la misma alguna de las medidas contenidas en el artículo 106 del Código Penal.

Asimismo, encontraremos decisiones de los distintos órganos judiciales que tienen por objeto la determinación de las medidas que darán contenido a la libertad vigilada, en algunas ocasiones modificando las propuestas elevadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El último apartado de este monográfico está dedicado a aquellas resoluciones judiciales que aclaran distintas cuestiones suscitadas en relación a la competencia para el seguimiento y control de la libertad vigilada.

Como el lector podrá comprobar a lo largo de esta compilación, de las resoluciones aquí contenidas, algunas de ellas podrían encuadrarse en más de un capítulo puesto que hay aspectos que se encuentran intrínsecamente relacionados, tales como por ejemplo el dedicado a la modificación de la medida de internamiento o el que versa sobre el cumplimiento de la medida de seguridad en centro penitenciario ordinario.

Antes de comenzar con el desglose por materias, únicamente es necesario realizar una puntualización respecto a las fechas de las distintas resoluciones aquí contenidas. Pese a que el periodo que abarca este monográfico se circunscribe al espacio temporal comprendido entre los años 2010 y 2020, se ha creído conveniente incluir alguna resolución correspondiente al año 2021 dado su especial interés y debido a que se derivan de procedimientos o consultas realizados en el 2020.

Aspectos procedimentales

En este primer bloque encontraremos resoluciones que diversa índole pero siempre contando con un punto en común: todas ellas versan sobre cuestiones relativas al procedimiento de imposición de las medidas de seguridad, o a la determinación de sus límites máximos de duración.

Inauguramos este apartado con la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2010. Tiene por objeto la resolución de un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En la misma se absolvía al recurrente de los delitos de asesinato en grado de tentativa al apreciar la concurrencia de la eximente completa recogida en el artículo 20.1 del Código Penal, imponiendo la medida de seguridad de internamiento en establecimiento adecuado al tipo de alteración psíquica por tiempo de veinte años, sin que la misma pueda ser revisada hasta transcurridos ocho años.

El recurrente entiende que esta última limitación a la revisión de la medida vulnera su derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución española, puesto que no respeta las garantías de protección de este derecho fundamental en los supuestos de internamiento en establecimiento psiquiátrico, así como por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal.

Asimismo, considera que el límite máximo de duración de la medida fijado en veinte años vulnera el principio acusatorio, al no haber sido solicitada por ninguna de las acusaciones y al haber aumentado el límite impuesto por la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial (establecido en siete años), considerando todo ello contrario a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Entiende el recurrente, por tanto, que existe una vulneración de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución Española al considerar que al no permitir la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento se dificulta su reinserción social.

Entrando ya en la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional, en primer lugar analiza la posible vulneración del derecho consagrado en el artículo 24 CE. Entiende que en el caso que nos ocupa, ésta no ha tenido lugar, puesto que la sentencia del Tribunal Supremo no agravó la situación del recurrente ya que en la sentencia dictada en casación fue absuelto excluyendo por tanto la pena privativa de libertad impuesta en primera instancia. Por lo tanto la imposición de la medida es la consecuencia directa del pronunciamiento absolutorio y consecuente con la petición del recurrente de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 101 del Código Penal llevando implícita la limitación de que la duración de la medida no podrá ser superior al tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad.

En relación a la limitación impuesta de no revisar la medida hasta transcurridos ocho años, el Tribunal Constitucional considera que se ha vulnerado el derecho contenido en el artículo 25.1 de la Constitución conectado con el derecho a la libertad recogido en el artículo 17 de la misma norma, puesto que es contraria a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal que establece la obligatoriedad de una revisión periódica anual (en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010). Por todo ello, se anula parcialmente la sentencia recurrida, afectando exclusi-

vamente al pronunciamiento relativo a que la medida de internamiento no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años.

Seguidamente en el capítulo, nos encontramos con la sentencia, también dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 22 de octubre de 2015. En la misma, se otorga el amparo solicitado al entender que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente.

Los antecedentes del caso son los siguientes: Respecto al recurrente se acordó la prisión provisional en virtud de resolución que especificaba que debía de ingresar en establecimiento psiquiátrico penitenciario a fin de recibir el tratamiento que precise. Posteriormente, se dictó sentencia en la que se le absolvía del delito de incendio por apreciar la eximente incompleta de alteración psíquica y se imponía la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico. El sometido a la medida anuncia recurso de casación y solicita, en el mismo escrito, el cese de la prisión provisional al ser absolutoria la sentencia. La Audiencia Provincial denegó esa petición acordando que debía permanecer para su tratamiento médico en establecimiento psiquiátrico penitenciario alegando que se le había impuesto una medida de seguridad atendiendo a su alta peligrosidad que representa “por las ideas paranoicas y delirios relacionados con la obsesión al fuego”. Tras la desestimación del recurso de súplica por parte de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo acordó no admitir a trámite el recurso de casación.

En el escrito de la demanda de amparo, el recurrente considera que se ha vulnerado su derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española) al considerar que se ha aplicado la situación de prisión provisional a un supuesto para el que no está prevista legalmente, como es el caso de que se dicte una sentencia absolutoria con la consiguiente imposición de una medida de seguridad. Entiende el demandante de amparo que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente se prevé la aplicación de la figura de la prisión provisional para el caso de los condenados, mientras se sustancia el recurso interpuesto frente a la sentencia condenatoria.

El Tribunal Constitucional al analizar el fondo de la cuestión, considera que únicamente una interpretación analógica de lo dispuesto en la mencionada Ley de Enjuiciamiento Criminal permitiría aplicar la privación provisional de libertad al supuesto de hecho que nos ocupa. Sin embargo, la propia naturaleza del derecho afectado (derecho a la libertad) impide, se-

gún la amplia doctrina constitucional al respecto, que cualquier injerencia en el mismo se haga de acuerdo a una interpretación analógica de la norma que se pretende aplicar.

Según lo dispuesto en el artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente puede prorrogarse la prisión provisional cuando la sentencia dictada y recurrida haya impuesto una pena de prisión.

Por todo ello, se declara vulnerado el artículo 17 de la Constitución Española y se anulan los autos dictados por la Audiencia Provincial.

A continuación nos detenemos en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 2015. Exponemos para el lector los antecedentes del caso:

Por sentencia firme se impone, entre otras, por la comisión de un delito de agresión sexual y apreciando la concurrencia de una eximente incompleta de alteración psíquica, la pena de seis años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico por igual tiempo. Además se acuerda el inicio del cumplimiento del internamiento “que se abonará para la pena de seis años de prisión”, abonándosele a la misma la prisión provisional sufrida en la causa. El Ministerio Fiscal se opone a dicho abono, recurriendo en casación el auto que aprueba la liquidación de condena. Su argumentación descansa en que no es posible la asimilación entre el concepto de prisión provisional y el que se “debiera a la aplicación de una medida de seguridad” haciendo referencia al carácter dualista de nuestro sistema penal. Sostiene que si por una debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal se produce un acortamiento en la duración de la medida se frustraría el objetivo de corregir la peligrosidad del sujeto.

Efectivamente, el Alto Tribunal coincide con este último argumento. No obstante, matiza que la limitación máxima de la medida no puede exceder de la pena prevista legalmente para el delito en cuestión. Y es aquí donde señala de manera explícita que para establecer dicho límite (el del cumplimiento efectivo de la pena correspondiente al delito) debe abonarse la prisión provisional sufrida en la causa. Concluye la resolución estableciendo que en el caso de que la medida de internamiento no exceda de la duración de la pena abonándosele la medida cautelar, se abonará la prisión provisional al límite máximo de la medida.

Siguiendo con los pronunciamientos en relación a los límites de duración de las medidas de seguridad, destacamos ahora la sentencia emanada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2017. Dicha resolución estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia que imponía entre otras, la pena de veintiséis años de internamiento en centro para tratamiento médico (que inicialmente debía tener lugar en psiquiátrico penitenciario) al haberse apreciado la eximente de alteración psíquica. Aunque en el recurso se formulan además otras pretensiones, nos centraremos únicamente en lo que respecta al límite máximo de la medida impuesta y en los razonamientos efectuados al respecto por el Tribunal Supremo. Destaca el hecho de que una hipotética individualización judicial punitiva en la práctica del supuesto de hecho que nos ocupa, carece de relevancia práctica ya que nos encontramos ante un inimputable, por lo que para la fijación de la duración de la medida de seguridad tendremos que atender a la pena en abstracto que correspondería al delito, y no a la individualizada. Se consideran salvaguardados los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica cuando el límite máximo de la medida de seguridad queda establecido en sentencia absolutoria “siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia”. Este límite deberá fijarse atendiendo a la peligrosidad del sujeto, puesto que es en este concepto en el que descansa el fundamento de la medida de seguridad.

Enlazando con este último concepto de peligrosidad, nos detenemos ahora en la sentencia dictada también por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2020.

En este caso el recurso tiene por objeto la inclusión de la medida de libertad vigilada en la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Los recurrentes, condenados por la comisión de un delito de asesinato, consideran que se han aplicado indebidamente los artículos 140 bis y 106 del Código Penal al entender que esta medida no se impuso en la sentencia dictada en primera instancia al no encontrarse razones que “doten de una mínima racionalidad al juicio de peligrosidad sobre el que necesariamente ha de apoyarse la medida de libertad vigilada”. Ya adelantamos que el recurso será estimado.

El Tribunal Supremo resalta la peculiar naturaleza de la medida de seguridad introducida en virtud de la modificación del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 5/2010 y posteriormente modificada por la Ley Orgánica 1/2015. Su principal característica radica en el hecho de que el pronóstico de peligrosidad que ha de justificar las medidas de seguridad no se va a encontrar referido únicamente a la inimputabilidad del sujeto, sino que también se atenderá al pronóstico futuro de esa posible peligrosidad del mismo atendiendo a la naturaleza del hecho cometido. Recuerda el Alto Tribunal que en el supuesto de los delitos de asesinato (como se trata en el caso que nos ocupa) su imposición tiene carácter potestativo y por lo tanto la misma deberá ser resultado de un análisis previo de las circunstancias concurrentes analizando los indicadores de la peligrosidad del sujeto (naturaleza del delito, gravedad y circunstancias así como también las concurrentes en el autor).

En la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal del Jurado se hace constar que las acusaciones no expusieron las motivaciones que justificaran la medida, observando el carácter aislado del hecho y derivado de un concreto impulso. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia, en la resolución que estima la apelación argumenta que la concurrencia o no de la falta de peligrosidad debería estudiarse después de la ejecución de la pena. El Tribunal Supremo establece que el análisis sobre la peligrosidad del sujeto debe realizarse “al tiempo del juicio”, por lo que la falta de un razonamiento previo y preciso sobre los elementos que han de concurrir para la imposición de la medida, determina la estimación del recurso, eliminándose en consecuencia la medida de libertad vigilada en la sentencia dictada con posterioridad.

Queremos destacar por último respecto a este apartado, el auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 3ª, el 1 de marzo de 2017. En este caso, se solicita aclaración sobre el siguiente supuesto de hecho: se dicta sentencia absolutoria respecto al delito de asesinato y otro delito de homicidio, por apreciarse la concurrencia de la eximente completa de alteración psíquica imponiéndose la medida de seguridad de internamiento permanente revisable en centro psiquiátrico por el delito de asesinato, y por el delito de homicidio la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo de 13 años, 9 meses y un día.

El Ministerio Fiscal solicita que se establezca, por aplicación del artículo 76.1 del Código Penal, la limitación del tiempo máximo de internamien-

to para ambos delitos en 25 años. La Audiencia puntualiza que la cuestión planteada no tiene solución prevista en nuestra legislación puesto que no se recoge en la misma la duración máxima de la medida de internamiento cuando ésta procede de una pena de prisión permanente revisable. Considera el órgano judicial que no es de aplicación en este supuesto lo previsto en el artículo anteriormente mencionado puesto que el límite de 25 años solicitado por el Ministerio Fiscal está previsto para los casos en los que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y la pena prevista para alguno de ellos sea de hasta 20 años; pero en este caso, ha sido condenado por dos y al menos uno de ellos está castigado con la pena de prisión permanente revisable. Por ello, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 92 del Código Penal que regula los supuestos de suspensión de la citada pena siendo el primero de los previstos el que haya cumplido veinticinco años de su condena.

Por ello concluye, que la limitación que debe operar es la de los 25 años; transcurrido este periodo se llevará a cabo una revisión completa del estado mental del sujeto, sin perjuicio de las revisiones que pudieran llevarse a cabo en plazos anteriores con el fin de comprobar que se encuentra en condiciones para poder hacer vida en libertad con normalidad.

Concurrencia de pena y medida de seguridad

Inauguramos capítulo con el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 2ª de fecha 26 de abril de 2010. En un primer momento, se impuso al penado una pena privativa de libertad y dada la presencia de una eximente incompleta, se le imponía a su vez la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación debiendo cumplirse en primer lugar la medida, y con posterioridad la pena privativa deberá ser ejecutada o suspendida. No obstante, el órgano sentenciador ordenó que el penado permaneciese en el centro penitenciario en el que había estado en calidad de preventivo por la causa y que para el cumplimiento de la medida, ingresara en el módulo correspondiente en el Centro Penitenciario. El recurrente sostiene que una medida de internamiento en un centro de deshabitación no puede equiparse a la permanencia en un módulo terapéutico dentro de prisión.

La Audiencia se centra en lo previsto en el artículo 99 del Código Penal, que recoge el supuesto de concurrencia de pena y medida de seguridad, en el que está previsto que sea ésta la que se cumpla en primer lugar. La

resolución destaca que la medida deberá ser cumplida en un centro de deshabitación y no en un centro penitenciario, que no ostenta tal condición aunque en ocasiones tengan lugar en él tratamientos de deshabitación. Sostiene el tribunal que no puede aceptarse el cumplimiento de la medida en centro penitenciario puesto que entonces no existiría diferencia alguna entre la imposición de una pena privativa de libertad y la imposición de esta pena junto con una medida de seguridad que vería frustrada la consecución de su finalidad. Por ello, estima el recurso y ordena el cumplimiento de la medida en primer lugar en un centro de deshabitación público o privado y debidamente homologado.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 2ª, de 27 de septiembre de 2011. Los presupuestos de este caso son los siguientes: nos encontramos ante un condenado por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de un año y nueve meses de prisión y medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación por el mismo tiempo, al haberse apreciado una eximente incompleta. Estando interno en la comunidad terapéutica designado al efecto, el sujeto a la medida se fugó de la misma.

El recurrente considera que lo procedente es ordenar su reingreso en el establecimiento de carácter terapéutico en función de lo dispuesto en el artículo 100.1 del Código Penal. Sin embargo, la Audiencia considera que este artículo opera únicamente en los casos de inimputabilidad y por lo tanto, cuando nos encontramos ante una medida de seguridad exclusivamente. Consecuentemente, en este último caso, si se quebranta la medida lo único que procedería sería rehabilitarla ordenando un nuevo internamiento.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, habiendo sido impuesta una pena privativa de libertad y una medida de seguridad de internamiento, al haberse quebrantado esta última, se aplicará lo dispuesto en el artículo 99 del Código Penal considerándose alzada la medida de seguridad y ordenando el cumplimiento de la pena abonándose el tiempo correspondiente al internamiento ya cumplido.

Destacaremos también las resoluciones que dimanar de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, Audiencia Provincial de Madrid, el 22 de junio de 2020. Se reproduce el tenor literal del fallo condenatorio: “Que debo condenar y condeno a la acusada, como autora de un delito de asesinato, ya definido, a la pena de ocho años de prisión e inhabilitación es-

pecial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En dicho periodo de tiempo la condenada debe recibir, como medida de seguridad que también se impone, el tratamiento médico que necesite [...]”

Con posterioridad, se emite expediente ejecución en el que el tribunal participa al centro penitenciario que queda como presa sentenciada para el cumplimiento de una pena de prisión de ocho años.

El centro penitenciario, ante la recepción del testimonio, solicita aclaración acerca de si la medida mencionada en el fallo se refiere a la medida de internamiento en centro psiquiátrico al haberse apreciado una eximente incompleta del artículo 21.1 del Código Penal. Asimismo, realiza la consulta de si en relación al expediente de ejecución cuando se hace referencia a la pena de ocho años de prisión se refiere al cumplimiento de una medida de seguridad de ocho años y de una pena de prisión de ocho años conforme los artículos 101, 104.1 y 99 del Código Penal.

Como contestación a esta consulta, el tribunal aclara que la penada ha de cumplir ocho años de prisión en el centro penitenciario en el que reciba el tratamiento psiquiátrico requerido, situación consecuencia de haberse apreciado una eximente incompleta y de lo declarado por el psiquiatra del centro que considera que con el tratamiento adecuado está experimentando una mejora significativa. Finaliza la aclaración puntualizando “todo ello sin perjuicio de que si se plantea algún cambio respecto a la ejecución de la medida del tratamiento psiquiátrico en el centro penitenciario durante la pena impuesta, se comunique al Tribunal para que previa audiencia a las partes, se resuelva al respecto”.

Sustitución de medida de seguridad

En este apartado, destacamos en primer lugar el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección octava, de 19 de octubre de 2016. El recurrente solicita la sustitución de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico por la de tratamiento ambulatorio. Esta pretensión se sustenta en el informe del psiquiatra del centro psiquiátrico penitenciario siempre que se mantenga el soporte y apoyo del equipo mental que se encuentra efectuando el tratamiento.

El órgano judicial entiende procedente dicha pretensión puesto que dada la situación actual del interno no considera que exista necesidad de mantener la medida de internamiento, ya que según los informes aportados

por el centro penitenciario, se observa una evolución positiva, con actitud colaboradora y participativa, habiendo participado en varias salidas terapéuticas. Por tanto, estima el recurso acordando la sustitución de la medida por el tratamiento ambulatorio siempre y cuando se mantenga el soporte psicoterapéutico del equipo mental de referencia.

En sentido contrario, nos encontramos con el auto dictado por la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de fecha 4 de enero de 2017. En este caso se solicita por el interesado la sustitución de la medida de internamiento por la de tratamiento ambulatorio. Pese a que el tribunal reconoce que es posible la sustitución de una medida de seguridad de esta naturaleza por alguna de las recogidas en el artículo 96.3 del Código Penal que resulte más adecuada atendiendo a la evolución del sujeto, matiza que procederá el mantenimiento del internamiento cuando la situación inicial del individuo que fundamentó la aplicación de la medida de seguridad en un primer momento, no haya sufrido modificaciones relevantes.

En este caso entiende el órgano judicial, que aunque de la información obrante en el expediente se desprende que se ha producido cierta evolución favorable, ésta no tiene una intensidad suficiente para determinar la modificación de la medida originariamente impuesta. Argumenta que es compatible la apreciación de esa evolución favorable con el hecho de considerar que en el momento actual la situación clínica no es la requerida para que opere la sustitución solicitada, finalizando en su argumentación con la indicación de que un incremento de las salidas terapéuticas podría ser favorable para la consecución del objetivo perseguido por el recurrente.

Continuamos con el auto del Juzgado de lo Penal número 32 de Madrid dictado el 13 de marzo de 2018. En este caso el supuesto de hecho versa sobre un individuo que se encuentra sujeto a una medida de seguridad de seguimiento de tratamiento médico acorde a su trastorno en centro médico. Debido a la existencia de incidencias graves durante su seguimiento en el centro de salud mental en el que se encontraba ingresado, se determina la expulsión del mismo. Se considera que existe una situación de riesgo de comisión de nuevos delitos, encontrándose el interesado en paradero desconocido en el momento de dictarse la resolución que nos ocupa. El tribunal se remite a lo establecido en el artículo 100.2 del Código Penal, considerando quebrantada la medida de tratamiento ambulatorio y ordenando su sustitución por la de internamiento prevista en el artículo 101 del Código Penal.

A continuación nos detenemos en el auto de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 3ª, de 24 de julio de 2019. Dicha resolución tiene por objeto la resolución del recurso de apelación interpuesto contra auto que acordaba la sustitución de la medida de libertad vigilada por la de internamiento en unidad psiquiátrica penitenciaria.

El recurso interpuesto pivota sobre dos elementos: en primer lugar, la recurrente aduce la inexistencia del incumplimiento de la medida de libertad vigilada y en segundo lugar, una indebida aplicación de los artículos 97 c) y 100.2 del Código Penal.

Una vez que el juzgado analiza los elementos concurrentes, primeramente se detiene en el informe emitido por la Sección de Servicios Sociales considerando que en el mismo no se consigna que la penada hay incurrido en un incumplimiento de la medida, sino que no se ha dado inicio a la misma debido a la falta de concienciación de la sometida a la medida. Desde este organismo se solicita que conste por escrito la obligación de realizar seguimiento mensual con distintos controles periódicos, no solicitando su internamiento psiquiátrico.

Con posterioridad, tampoco se indica que se cumplan las condiciones que habilitan legalmente para la sustitución por una medida privativa de libertad, como es el la presencia del informe que con carácter preceptivo se exige conforme al artículo 98 del Código Penal sobre la situación del condenado así como su grado de rehabilitación y pronóstico de reincidencia.

Por todo ello, la Audiencia estima el recurso de apelación revocando la sustitución de la libertad vigilada por la medida de internamiento.

Suspensión de condena y medidas de seguridad

Inauguramos capítulo con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha siete de abril de 2010.

La cuestión que nos ocupa versa sobre la obligatoriedad de la imposición de la medida de libertad vigilada en los casos en los que preceptivamente así esté previsto en nuestra legislación, pese a que la pena privativa de libertad sea susceptible de suspensión.

La sentencia objeto de recurso omite la imposición de la libertad vigilada en un supuesto de condena a la pena de prisión por cada uno de los dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años. La Audiencia aduce

que se omitió dicho pronunciamiento puesto que la condena impuesta es susceptible de suspensión conforme a lo dispuesto en el artículo 81 del Código Penal.

Aunque en un primer momento esta argumentación podría parecer razonable, ya que durante la suspensión de condena y como condición a la misma se impondrían una serie de medidas de contenido muy similar a las que integran la libertad vigilada. Dada la literalidad de la ley, el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal ha de ser estimado. En el caso del delito que nos ocupa, la imposición de la libertad vigilada es preceptiva (artículo 192 del Código Penal). El Alto Tribunal considera que dado que está previsto para el caso de que sean varias las medidas de libertad vigilada impuestas, éstas se puedan cumplir de forma sucesiva (cuando no sea posible el cumplimiento simultáneo), parece que el legislador “no le repugna una sucesión de medidas de libertad vigilada”, lo que le lleva a la conclusión de no considerar “extravagante” una libertad vigilada que siga a una suspensión de condena.

Asimismo, hace suyos alguno de los argumentos aducidos por el Ministerio Público argumentando que aunque una pena sea susceptible de suspensión, esto no quiere decir necesariamente que vaya a ser suspendida su ejecución, poniendo sobre la mesa la posibilidad de que se haya dejado de imponer la libertad vigilada con base a esa suspensión y posteriormente ésta haya sido revocada, con la consiguiente entrada en prisión. Esto supondría que después del cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesto no se ejecutaría la medida de libertad vigilada en el caso de supuestos para los que está legalmente prevista.

Finaliza su argumentación el Tribunal Supremo con dos puntualizaciones:

En primer lugar considera que si la suspensión de condena ha conseguido anular la peligrosidad del sujeto, haciendo por tanto, innecesaria la aplicación de la libertad vigilada, nuestra legislación prevé un mecanismo para esta situación, ya que según lo dispuesto en el artículo 106.3 del Código Penal podrá modificar su contenido, reducir su duración o dejar sin efecto la medida. Por lo tanto, dado que esta decisión se puede tomar en un momento posterior, no se considera procedente adelantar la misma en sentencia cuando en el momento de la ejecución de la medida se contarán

con datos más actualizados y precisos que favorecerán la toma de decisión al respecto.

En segundo lugar, aunque similares, ni el contenido de las condiciones de la suspensión ni de las medidas que integran la libertad vigilada son idénticos, así como tampoco lo son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de cada una de ellas.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo procede a estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

En relación a la concurrencia de una suspensión de condena y la libertad vigilada nos encontramos también con el auto de la Audiencia Provincial de Santander de 11 de febrero de 2016. En este caso, la resolución recurrida tiene por objeto el auto que deniega la suspensión de la ejecución de la pena debido al incumplimiento de la medida de libertad vigilada (tratamiento médico de carácter ambulatorio), deduciéndose del mismo según la juzgadora, la nula voluntad de rehabilitación del condenado.

El órgano judicial considera procedente la estimación del recurso ya que el recurrente ha iniciado el plan terapéutico en un centro hospitalario, ha abonado de manera íntegra la responsabilidad civil y no consta la comisión de nuevos delitos. Como consecuencia de todo ello, se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena, manteniendo la libertad vigilada consistente en el seguimiento del tratamiento ambulatorio anteriormente referido, especificando que dicha medida se constituirá, además, como condición de obligado cumplimiento para el mantenimiento de la suspensión.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección vigésima, de fecha 22 de enero de 2018. Ponemos al lector en antecedentes: En un primer momento, se acordó la suspensión de la ejecución de la pena de cuatro meses de prisión; suspensión que fue posteriormente revocada por nueva comisión de delito. El penado solicita que frente al cumplimiento de la pena de prisión, se imponga una medida de seguridad de internamiento, puesto que ya se encontraba cumpliendo otra medida de esta índole impuesta en otra ejecutoria. El Juzgado de lo Penal desestima esta pretensión considerando que la resolución por la que se revoca la suspensión y se ordena el cumplimiento de la pena originariamente impuesta, es firme, con independencia de que el penado pueda recibir el tratamiento que se considere adecuado en el centro penitenciario correspondiente.

La Audiencia Provincial desestima el recurso alegando el primer lugar la extemporaneidad del mismo. Y en segundo lugar, y ya entrando en el fondo de la cuestión, aduce que por parte del Equipo de Penas y Medidas Alternativas se ha informado de la evolución desfavorable del penado habiendo tenido lugar incidentes con conductas de carácter violento y destacando el hecho de que tiene capacidad de control así como de comprender que dichas conductas no son adecuadas, por lo que se entiende adecuado su ingreso en un centro penitenciario para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta.

En último lugar destacamos el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 6º, de 31 de octubre de 2019. Partimos del siguiente supuesto de hecho: se declara extinguida la medida de seguridad consistente en sometimiento a tratamiento médico externo en un centro de salud mental y se acuerda el cumplimiento de la pena de prisión en centro penitenciario. Por el penado se solicita la suspensión de dicha pena por entender que concurren determinadas circunstancias que han de ser tomadas en consideración, tales como que la pena impuesta no supera los dos años, que ya se encuentra ingresado en un centro penitenciario donde recibe tratamiento y que podría condicionarse la suspensión a la finalización del tratamiento (se encuentra penado en virtud de otras ejecutorias).

El tribunal estima el recurso acordando la suspensión de la ejecución de la pena atendiendo al hecho de que se ha cumplido la medida impuesta en el plazo establecido así como de la duración de la pena impuesta junto con la circunstancia del buen resultado del tratamiento seguido en prisión (programa de drogodependencias, prevención de recaídas y con analíticas periódicas).

Artículo 60 del Código Penal

Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria del 1 de junio de 2011. El objeto del recurso que nos ocupa es el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en virtud del cual, se suspende la ejecución de la pena de prisión sustituyéndola por la medida de internamiento en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario por un periodo de dos años y un día. Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación con fundamento en los informes aportados por el recurrente (realizados por el médico forense y el equipo psicológico del centro peni-

tenciario) que coinciden en la conclusión de que debe seguir en un centro médico.

Adelantamos ya que la respuesta de la Audiencia va a ser favorable a la estimación del recurso. Nos encontramos ante un caso en el que la salud mental del penado no va a restablecerse en su totalidad. Considera el tribunal que la medida impuesta es más gravosa que la propia pena puesto que supone el desarraigo del penado (se aleja de su entorno familiar) y además es contrario al criterio sostenido por la Junta de Tratamiento que es la sustitución de la pena por el internamiento en el centro médico privado. Finaliza la Audiencia su argumentación señalando que el artículo 60 del Código Penal no impone que la medida que sustituye a la pena sea privativa de libertad, sino solamente que el penado reciba la asistencia médica necesaria, por lo que no existe impedimento para el que internamiento se produzca en el lugar determinado por los expertos ya que la finalidad de la medida es que el estado mental del penado mejore.

Nos detenemos ahora en el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2017. En este caso, se interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia en virtud del cual, se acordaba no haber lugar a la aplicación del artículo 60 del Código Penal. El tribunal concluye que pese a que de los informes médicos obrantes se desprende la concurrencia de trastornos de personalidad y de ideas delirantes concurrentes, esta documentación también concluye que “no presenta sintomatología psicótica que le impida conocer el sentido de la pena”. Esto no obsta a que sea conveniente un seguimiento periódico por parte de una unidad de salud mental, como puede ser un psiquiátrico penitenciario.

Concluye, por tanto, que no concurre el presupuesto necesario para posibilitar la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 60 del Código Penal, véase, la existencia de un trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena.

Idéntica línea que el anterior sigue el auto dictado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria el 11 de abril de 2018. En el mismo, se incide en el hecho de que aunque el estado de salud del penado no sea el “óptimo”, puesto que padece una esquizofrenia paranoide, esto no presupone por sí mismo que el interno desconozca el sentido de la pena impuesta, requisito ineludible para la aplicación del artículo 60 del Código Penal.

Destacamos por último el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1ª, de 31 de octubre de 2018. Consideramos especialmente esta resolución, dado que acude a una interpretación analógica de lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal. Los elementos del supuesto de hecho son los siguientes:

El recurrente es condenado a la pena de seis meses de prisión por la comisión de un delito de quebrantamiento. La petición de suspensión de la ejecución de la pena es desestimada. Con anterioridad a proceder a la ejecución de la pena, se tiene conocimiento de que el penado está ingresado en un hospital extra-penitenciario. Dicho ingreso además fue “aprovechado” para el cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad impuesta en otra causa. Una vez que finalizó el cumplimiento de dicha medida, continuó ingresado en el centro mencionado.

En relación al estado de salud del recurrente, se cuentan con los siguientes datos: existe un retraso mental leve, con una psicosis injertada y con una politoxicomanía actualmente en proceso de deshabitación. Se recomienda por parte de los profesionales del área sanitaria la continuidad de su tratamiento psiquiátrico en un entorno estructurado y supervisado.

La Audiencia, en su argumentación, resalta que cuando se dictó la sentencia condenatoria cuya ejecución ahora nos ocupa, la enfermedad mental a la que nos referimos más arriba, no había sido diagnosticada. No obstante, nos encontramos con la circunstancia de que tanto la sentencia como la orden de ejecución de la misma han adquirido firmeza.

Argumenta el tribunal que la aplicación del artículo 60 del Código Penal en este caso, no está exenta de cierta problemática ya que estamos ante un supuesto en el que la ejecución de la pena todavía no ha tenido lugar, no se ha iniciado, y además, el penado ya se encuentra recibiendo la asistencia médica precisa para tratar la enfermedad que padece. Considera la Audiencia que la aplicación del tenor literal del precepto mencionado, implicaría dar inicio a la ejecución de la pena, con el consiguiente ingreso en prisión (lo que conllevaría la suspensión del tratamiento que se encuentra recibiendo) para posibilitar en un momento posterior la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, el tribunal entiende que no puede pasar por alto el perjuicio que tendrían estos avatares procesales para el estado de salud del penado por lo que opta por una aplicación analógica de este artículo y posibilitar la suspensión antes del inicio de la ejecución de la pena.

Internamiento en centro penitenciario ordinario

En este capítulo destacamos en primer lugar, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de la sección primera, de 6 de julio de 2017.

En esta ocasión se recurre el auto que acordaba el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento para sometimiento a tratamiento psiquiátrico se inicie en el módulo de psiquiatría de un centro penitenciario de carácter ordinario. El tribunal procede a la desestimación del recurso en base a dos razonamientos principales:

En primer lugar, que el sujeto a la medida no puede ser ingresado en su centro hospitalario de referencia puesto que no cuenta con los medios de seguridad suficientes para asegurar el cumplimiento del internamiento para tratamiento psiquiátrico.

Y en segundo lugar, desde el centro penitenciario se aclara que el interno permanecerá ubicado en el ala de enfermería contando con visitas periódicas del psiquiatra. Además, se hace constar que en el caso de que tuvieran lugar situaciones agudas o urgentes se acudiría a la red sanitaria pública.

A continuación nos encontramos con el auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de octubre de 2016. Nos centraremos en el aspecto principal del recurso que versa sobre la petición del recurrente de modificar el lugar de cumplimiento de la medida de internamiento con el consiguiente traslado a otro centro penitenciario, alegando que en el centro en el que se encuentra actualmente no cuentan con los profesionales necesarios para llevar a cabo el tratamiento.

En relación a esta cuestión, el tribunal considera que el traslado de centro se trata de una cuestión organizativa de carácter penitenciario puntualizando únicamente que por parte de Instituciones Penitenciarias se tendrá que tener en cuenta, a la hora de fijar un centro penitenciario para el cumplimiento de la medida, que se debe asegurar el mantenimiento del interno en el programa de atención a enfermos mentales.

Por último, nos detenemos en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1ª, de 3 de marzo de 2020. La cuestión objeto de estudio en este caso es el mantenimiento de la medida de seguridad de internamiento en régimen cerrado para tratamiento médico con cumplimiento

en un centro penitenciario en vez de un instituto psiquiátrico dependiente de los servicios de salud mental de la comunidad autónoma.

El tribunal señala en primer lugar que la medida antes referida no puede ser ejecutada en un centro para pacientes psiquiátricos en régimen abierto, con lo que el interno no podría ser destino al instituto psiquiátrico de carácter autonómico.

A continuación, la Audiencia corrobora que según los informes remitidos por Instituciones Penitenciarias, las acciones terapéuticas necesarias para el tratamiento de la dolencia del interno pueden ser llevadas a cabo por el servicio médico, el equipo de tratamiento y el psiquiatra consultor del centro penitenciario.

No obstante, al término de su argumentación el tribunal puntualiza que si en algún momento con anterioridad a la finalización de la medida se conociera la existencia de cualquier centro sanitario psiquiátrico de régimen cerrado adecuado a su tratamiento médico se podrá modificar el lugar de cumplimiento siempre y cuando se garantice su régimen cerrado así como la pertinencia para su tratamiento.

Modificación del internamiento

Comenzamos capítulo con el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 3ª, de fecha 4 de septiembre de 2017.

Los antecedentes del supuesto de hecho son los siguientes: En un primer momento, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acordó el mantenimiento de la medida de seguridad consistente en el internamiento en centro psiquiátrico penitenciario.

Mediante auto posterior, se modificó la medida referida en el sentido de autorizar su cumplimiento en el módulo de Enfermería de un centro penitenciario ordinario para favorecer la vinculación familiar del interno, y condicionando este lugar de cumplimiento a la buena conducta del mismo.

El recurrente solicita que se autorice a que la medida de seguridad se cumpla en un establecimiento no penitenciario. Ya adelantamos al lector que el recurso no prosperará. La Audiencia considera que el interno presenta un comportamiento estable dentro del módulo de Enfermería con adaptación a los tratamientos prescritos, dado que así se desprende de los informes médicos aportados al procedimiento, en los que se recomienda

la continuidad del cumplimiento de la medida de la forma y en el lugar acordados, sumado al hecho de la falta de disponibilidad de plazas en los servicios de salud extra-penitenciarios.

El tribunal entiende que debe primar el principio de prudencia para valorar la evolución del interno dada la irregular trayectoria penitenciaria presentada anteriormente, entendiendo prematura su derivación a un centro no penitenciario.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 6ª dictado el 17 de octubre de 2018.

El recurso se interpone contra la decisión judicial de trasladar al recurrente (sometido a una medida de seguridad de internamiento para tratamiento psiquiátrico) desde una clínica sanitaria hasta una unidad psiquiátrica de centro penitenciario ordinario.

El traslado referido se encontraba motivado por la necesidad de un mayor control sobre el recurrente dado el consumo de sustancias tóxicas, el incumplimiento de manera reiterada de la normativa del centro. Por tanto, la Administración considera que se debe abordar el tratamiento en un entorno más controlado que el existente en la clínica en la que se encontraba en un primer momento.

Analizamos ahora el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 10ª, de 21 de julio de 2020. El objeto del recurso es el auto en el que se acordaba, en virtud de propuesta formulada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la modificación del internamiento en un centro gestionado por Cáritas para su cumplimiento en un hospital psiquiátrico penitenciario.

Esta modificación encuentra su fundamento en la presencia por parte del recurrente de una conducta inadecuada incluyendo la negativa a la toma de la mediación prescrita. Se considera por parte del tribunal que es conveniente el traslado dado la situación actual y la enfermedad mental que padece (esquizofrenia paranoide).

Medidas cautelares en medidas de seguridad

Abrimos capítulo con la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2018. Partimos de la interposición de recurso de amparo contra el auto que acordaba el ingreso del recurrente en una unidad psiquiátrica del centro penitenciario en el que ya se hallaba ingresado, tras haberle sido

impuesta una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico. La controversia se encuentra en el siguiente punto: el recurrente, tras dictarse la sentencia que le imponía la medida anteriormente referida, interpone recurso de casación por infracción de ley, tras lo cual presenta un escrito a la Audiencia Provincial solicitando su inmediata puesta en libertad al haber sido absuelto y no caber la prórroga de la prisión provisional. Y es el auto dictado por la Audiencia Provincial desestimando esta solicitud la que es objeto del recurso que nos ocupa.

La Audiencia Provincial, para desestimar la pretensión de la puesta en libertad, argumenta que pese a haberse dictado sentencia absolutoria (se aprecia la eximente completa de trastorno mental) y ser la regla general en estos casos la puesta en libertad, el artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la existencia de algunos supuestos legales en los que es necesario aplazar la excarcelación. Alega que estas excepciones son aplicables a este caso por razones de “coherencia procesal”, pues pese a haberse dictado sentencia absolutoria es preciso que el interesado permanezca privado de libertad en una institución psiquiátrica hasta que la mencionada resolución adquiera firmeza.

El recurrente considera que mantener la situación de privación de libertad en un centro penitenciario (incluso en su unidad psiquiátrica) pese a haber sido absuelto, no es posible, pues nos encontraríamos ante la paradoja de encontrarse absuelto y a su vez permanecer en un centro penitenciario en calidad de preventivo. Sin embargo, su representación procesal no se opone a un ingreso cautelar de carácter no voluntario en un establecimiento psiquiátrico no sujeto a las normas de derecho penitenciario pues considera que esto vulneraría su derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española.

El máximo intérprete de nuestra norma suprema, se remite en varias ocasiones durante la fundamentación jurídica de la resolución del recurso a la doctrina establecida en la sentencia 217/2015. Los puntos clave que llevan a la estimación del recurso de amparo son los siguientes:

En primer lugar, considera el tribunal que en este supuesto no es aplicable lo dispuesto en el artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puesto que dicho precepto no habilita para mantener una privación de libertad que no hubiera sido ya adoptada previamente a través de los cauces legalmente previstos en el ordenamiento penal.

Tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 383 del mismo texto legal puesto que no estamos ante un caso de demencia sobrevenida con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos.

En referencia a lo dispuesto en las resoluciones objeto de recurso respecto al internamiento en una unidad psiquiátrica del centro penitenciario, se remiten a lo dispuesto en el reglamento penitenciario, norma, que tal como recuerda el Tribunal Constitucional, no tiene el rango necesario para servir de cobertura legal para la privación de un derecho fundamental como es el de la libertad. En suma a lo anterior, el ingreso en estas unidades está previsto para el cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad, (estamos hablando ya por tanto, de sentencias firmes y ejecutivas) o bien de manera temporal para detenidos o presos con patología psiquiátrica en los casos en los que la autoridad judicial así lo determine por el tiempo necesario para su observación a los efectos de emisión del informe oportuno. Esta última premisa tampoco encajaría en el supuesto que nos ocupa puesto que en este caso estamos hablando de semanas y meses, tiempo que razonablemente ocuparía la sustanciación del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo.

A continuación incide el Tribunal en que en la actualidad únicamente funcionan como establecimientos psiquiátricos penitenciarios, los ubicados en Alicante y Sevilla. Respecto a lo que la Audiencia Provincial denomina como unidad psiquiátrica dependiente de un centro penitenciario, únicamente se ha constituido una, en un centro penitenciario dependiente de la comunidad autónoma de Cataluña (comunidad con las competencias transferidas en materia de Administración Penitenciaria). El recurrente se encuentra ingresado en el centro penitenciario de Córdoba, por lo que lo dispuesto en el auto de la Audiencia ha resultado de imposible cumplimiento. Se hace constar en la resolución que el interesado, hasta su traslado al Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla (lo que tuvo lugar una vez que la sentencia que imponía la medida de seguridad adquirió firmeza al desestimarse el recurso de casación), estuvo ubicado en el módulo de Enfermería del centro penitenciario de Córdoba, con sujeción al régimen interior general. Por lo tanto, coincide el Alto Tribunal con el criterio del recurrente y del Ministerio Fiscal al calificar la situación del mismo como de “prisión encubierta, carente de absoluta cobertura legal” vulnerando por tanto el derecho fundamental del artículo 17 de la Constitución Española.

Considera el Tribunal que estamos ante un vacío normativo, que corresponde corregir al legislador mediante el instrumento adecuado, esto es, a través de ley orgánica, con el objetivo de regular la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico. Hasta que llegue ese momento, en supuestos como el presente no cabrá privar cautelarmente de libertad al que ha sido absuelto por aplicación de una eximente completa de trastorno mental mientras se sustancian los recursos interpuestos contra esta sentencia, salvo que se acuda a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En aplicación de lo dispuesto en este precepto, el internamiento deberá tener lugar en un centro perteneciente a la red hospitalaria civil fuera de la competencia de la Administración Penitenciaria.

Por lo tanto, se estima el recurso de amparo, declarando la nulidad de los autos recurridos. No obstante, al haberse desestimado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que imponía la medida de seguridad, el recurrente ya se encuentra ingresado en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla. Continúa por tanto privado de libertad, pero ya en virtud de otro título distinto al dimanante de los autos impugnados.

Idéntica línea sigue otra de las resoluciones contenidas en este capítulo como es la dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid el 28 de junio de 2019. Nos encontramos ante un supuesto de hecho idéntico al anterior. Se absolvió al recurrente del delito de lesiones al apreciar la eximente completa de trastorno mental con la consiguiente imposición de medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario, encontrándose hasta entonces en situación de prisión provisional mientras se sustanciaba el procedimiento. Con posterioridad a que se dictara sentencia, se interesó por el recurrente su inmediata puesta en libertad al considerar que no existía cobertura legal para mantener esa situación una vez que se había dictado sentencia absolutoria. Por parte del juzgado correspondiente se denegó esta solicitud hasta que la sentencia deviniera firme.

Sin embargo, por parte de la Audiencia se procede a estimar el recurso interpuesto, remitiéndose a lo contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015. Por tanto, considera que en estos casos y si existiera peligro para sí mismo o para terceros, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su internamiento en un centro de salud ordinario.

Salidas

En este capítulo nos encontramos con el auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de mayo de 2019. Tiene por objeto la resolución del recurso de apelación interpuesto frente al auto denegatorio a su vez del recurso de reforma que desestimaba la queja planteada por el interno por la denegación de un permiso de salida.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria confirmaba la denegación de la salida propuesta por el Consejo de Dirección del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de una salida terapéutica dada la presencia de una situación de tensión psíquica.

El recurrente alega que este elemento no es diagnóstico suficiente para fundamentar la denegación de dicha salida. Sin embargo, la Audiencia considera que dada esa tensión psíquica contenida es necesaria una mayor observación antes de poder acceder a una salida pernoctando fuera del establecimiento durante siete días, con independencia del disfrute de anteriores salidas terapéuticas disfrutadas sin incidencias.

Quebrantamiento de medida de seguridad

Comenzamos con auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Algeciras de 3 de febrero de 2017. Por parte del Director del centro penitenciario de Ceuta se informa a dicho juzgado del incumplimiento por parte del penado de una de las medidas que conformaban el contenido de la libertad vigilada impuesta, como es la obligación de participar en programas de educación sexual.

Durante su estancia en el centro penitenciario para cumplir condena no participó en el programa de tratamiento específico destinado a tal efecto y tras su excarcelación tan solo acude a la primera sesión, negándose a continuar con la intervención. De estos hechos, el juzgado deduce un incumplimiento grave de la obligación que integra el contenido de la libertad vigilada y por lo tanto acuerda la deducción de testimonio por la presunta comisión de un delito de quebrantamiento de condena.

En contraposición a esta última resolución, nos detenemos ahora en el auto dictado por la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 1ª, de 28 de mayo de 2018. En este caso se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2014 en la que se establece que las consecuencias derivadas del incumplimiento de las condiciones integrantes de la

medida de libertad vigilada y de las previstas en el artículo 83 del Código Penal, no son idénticas.

En concreto, y en relación a la medida de libertad vigilada no cualquier incumplimiento constituye un delito de quebrantamiento previsto en el artículo 468 del Código Penal. Únicamente tendrá esta consideración cuando el órgano judicial considere que se trata de un incumplimiento grave y reiterado y que pone de manifiesto la voluntad de la sometida a la medida de no someterse a las obligaciones impuestas.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 1ª de fecha 1 de junio de 2018.

Nos encontramos ante el supuesto de un menor de edad al que se le impone la medida de libertad vigilada y que posteriormente es condenado por la comisión de un delito de quebrantamiento de condena debido al incumplimiento de varios de los deberes impuestos como por ejemplo la no asistencia a las entrevistas programadas y otras pautas socio-educativas. Debemos puntualizar que el incumplimiento de estas obligaciones tuvo lugar cuando el sometido a la medida ya había alcanzado la mayoría de edad.

La Audiencia considera que esta acción es subsumible dentro de los parámetros que describen la conducta que integra la conducta constitutiva del delito de quebrantamiento de condena aunque no se prevea expresamente que la medida quebrantada haya sido impuesta conforme a la ley del menor: la medida impuesta por el juzgado de menores tiene ese carácter de condena penal y en consecuencia su incumplimiento sí forma parte del tipo previsto en el artículo 468 del Código Penal.

Incide el auto reseñado en que aunque las medidas impuestas conforme a la ley del menor y aquéllas que proceden de la legislación penal de carácter general, obedecen y persiguen finalidades distintas, no puede negarse la naturaleza sancionadora presente en ambas.

Otros

Nos encontramos ya en el último capítulo antes de comenzar con el bloque dedicado por entero a la medida de libertad vigilada.

En este apartado destacamos en primer lugar el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictado el 22 de febrero de 2017. En este caso se aborda una cuestión de competencia negativa entre un Juzgado de Vigilan-

cia Penitenciaria y una Audiencia Provincial en relación a la autorización de una salida terapéutica durante la ejecución de una medida de seguridad.

En un primer momento, por parte del centro penitenciario se interesó la autorización de dicha salida terapéutica al juzgado de vigilancia penitenciaria correspondiente. Sin embargo, éste último consideró que la competencia para la realización de este trámite recaía sobre el tribunal sentenciador (en este caso una audiencia provincial). La Audiencia Provincial correspondiente considera que la autorización de estas salidas terapéuticas le corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria.

En este caso nos encontramos ante una medida de seguridad de internamiento que ha sido adoptada en sustitución de una pena privativa de libertad dado el estado mental de la sujeta a la misma. Por lo tanto, el Alto Tribunal considera plenamente aplicable la doctrina ya contenida en un auto anterior de fecha 16 de diciembre de 2009 y que hace referencia a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal. Según este artículo y acorde con la doctrina expuesta en el mencionado auto, se otorga al Tribunal sentenciador la competencia para acordar el mantenimiento, suspensión o sustitución de la medida, previo informe del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, “decisión que en ningún caso incluye los permisos de salida terapéutica, que no suponen la modificación de la medida impuesta y que en la legislación penitenciaria son competencia del Juez de Vigilancia”.

Matiza además que cuando en el artículo 101.2 del Código Penal se hace mención a que el sometido a la medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, no se está refiriendo a las salidas de carácter temporal, sino a un abandono definitivo del centro debido al cese, sustitución o suspensión de la medida, competencia exclusiva del órgano sentenciador.

Continuamos con la sentencia dictada por la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2014. Esta resolución tiene por objeto el recurso interpuesto contra la resolución del Director General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que deniega la reclamación económica formulada por una comunidad autónoma para el abono de los gastos ocasionados por la ejecución de medidas de seguridad en relación a cuatro personas.

Considera la Comunidad Autónoma de La Rioja que no debe asumir el coste económico de dicha ejecución por unos servicios que corresponden

al Estado, ya que exceden de las competencias autonómicas atribuidas en materia de asistencia y servicios sociales.

La Administración del Estado entiende que no le corresponde sufragar dichos gastos ya que en cada uno de los casos a los que se hace referencia en el escrito de recurso, existía un pronunciamiento judicial previo valorando la procedencia de que el seguimiento y la intervención especializada fuera llevada a cabo por instituciones distintas a las que podía ofertar la Administración Penitenciaria. Alega que todas las instituciones intervinientes, la mayoría de carácter privado, lo han hecho con pleno conocimiento y autorización de la autoridad judicial y “bajo el patrocinio” de la Administración autonómica no apreciándose ningún vínculo con la Administración penitenciaria. Termina su argumentación puntualizando que los sometidos a la medida en ningún momento han causado alta en el sistema penitenciario y que en alguna ocasión “ha existido una desestimación expresa de la derivación a la Administración penitenciaria”.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso considerando que el título jurídico que da fundamento a la reclamación únicamente puede ser el de la responsabilidad patrimonial, estando prescritas tres de las cuatro partidas solicitadas y además, no dándose en ninguna de ellas el requisito de la antijuridicidad del daño.

El tribunal considera que no puede obviarse el componente social o asistencial presente en las medidas de seguridad de internamiento con las que se intenta limitar la peligrosidad que presenta el sujeto, lo que trasciende al mero cumplimiento de una pena privativa de libertad.

Entrando en el fondo de la cuestión, considera que no existe base jurídica que fundamente estas reclamaciones. De los datos obrantes no se desprende que la comunidad autónoma cuestionase o hiciera constar a los órganos judiciales correspondientes que no le correspondía la ejecución de las mencionadas medidas, asumiendo como propia la competencia para ello. En la sucesión temporal de los acontecimientos se aprecian elementos de los que se desprende alguna de las actuaciones y decisiones tomadas en relación a las medidas fueron incluso propiciadas por la Administración autonómica (como por ejemplo, el traslado del sometido a la medida, declarado incapaz en virtud de sentencia civil, a un centro privado cuyo coste asumió).

Considera el tribunal por tanto, que en este momento no puede pretender trasladar las consecuencias económicas de estos actos a la Administración penitenciaria puesto que entiende también que con su actuación unilateral “impidió cualquier alternativa de ejecución, como por ejemplo, el cumplimiento de la medida en algún centro especial estatal adecuado al sujeto”.

Finaliza su argumentación destacando que no puede establecerse que la ejecución las medidas de seguridad corresponda en todos los casos a la Administración penitenciaria dado el desarrollo territorial del Estado y del hecho de que esta ejecución debería llevarse a cabo por la Administración que se encuentre en una posición más adecuada para ello.

Ley 23/2014 y libertad vigilada

Comenzamos el bloque dedicado de manera específica a la medida de libertad vigilada, comentando las resoluciones que relacionan esta medida con la Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea (Ley 23/2014).

Nos detenemos en primer lugar en el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 2ª, de 16 de enero de 2018.

El supuesto de hecho es el siguiente: Por parte del Juzgado de Vigilancia nº 5 de Castilla y León se acordó conceder la libertad condicional al interno según lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario condicionada al cumplimiento del resto de la pena en su país de origen con la consiguiente prohibición de entrar o residir en territorio español durante dicho periodo. El Ministerio Fiscal interpone recurso de reforma que es desestimado, teniéndose por interpuesto el recurso de apelación subsidiario, cuya resolución es el objeto que nos ocupa.

El recurso del Ministerio Fiscal se fundamenta en la necesidad de que el expediente de libertad condicional se tramite conforme a las previsiones contenidas en la Ley 23/2014, con tratamiento de resolución de libertad vigilada. Entiende el Ministerio Público que es necesaria la adopción de otras medidas, como por ejemplo la presentación periódica ante el órgano responsable de seguimiento de libertad condicional. Asimismo, fundamenta su recurso en que si se elude la aplicación de la Ley 23/2014 se deja fuera de todo control al interno constituyendo un agravio comparativo

respecto a los internos de nacionalidad española a los que no resulta de aplicación la mencionada ley.

El tribunal se plantea para la resolución del recurso si las reglas de conducta contenidas en el artículo 94 de la Ley 23/2014, son de aplicación preceptiva, o por el contrario su adopción es facultativa en función de la valoración que se realice respecto a cada caso. En primer lugar, señala que el Ministerio Fiscal considera en su escrito de recurso que la libertad condicional responde a su nueva configuración como una suspensión de condena, mientras que la Audiencia argumenta que dados los términos en los que se encuentra redactada la propuesta de su concesión, estamos ante un supuesto de libertad condicional en los términos previstos con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

Asimismo, sostiene que en nuestra legislación se contemplan instrumentos que configuran la expulsión como alternativa a la libertad vigilada, sirviendo de ejemplo lo previsto en el artículo 89 del Código Penal así como lo dispuesto entre los artículos 80 a 108 del Código Penal.

Como conclusión a todo ello, la Audiencia Provincial desestima el recurso entiendo por consiguiente que no es necesario en este caso la tramitación de la libertad condicional a cumplir en el país de origen del interno, conforme a las previsiones de la Ley 23/2014.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 21ª, de 19 de septiembre de 2019. El objeto de la resolución es la resolución del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Cataluña que denegaba la transmisión de la ejecución de la condena conforme a lo dispuesto en la Ley 23/2014.

La denegación de la transmisión de la ejecución de la pena a Rumanía se fundamenta en que además de la pena privativa de libertad, queda pendiente de cumplimiento la medida de libertad vigilada, que a falta de concreción, no podría ser ejecutada en el país de origen.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria apunta que en el momento de la decisión sobre la transmisión de la pena y la medida, respecto a esta última no existe todavía concreción de su contenido, puesto que éste debe tener lugar en el momento de la finalización del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Es por este motivo, por lo que no sería posible su trans-

misión, ya que la Ley 23/2014 especifica que la misma únicamente puede llevarse a cabo respecto a medidas concretas, y por lo tanto de acordarse su transmisión, esta medida sería inejecutable.

La Audiencia puntualiza que la Ley 23/2014 contempla la posibilidad de transmisión de la medida de libertad vigilada. La problemática reside en que esta libertad vigilada contemplada en la mencionada norma no se identifica en todos sus términos con la prevista en nuestro Código Penal. La Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea no prevé la transmisión de libertades vigiladas cuya ejecución deba tener lugar con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Es esta peculiaridad la que impide que la concreción del contenido que debe integrar la medida de libertad vigilada tenga lugar con anterioridad al cumplimiento de la pena que la lleva aparejada.

Como consecuencia de lo anterior, no es posible la transmisión de la medida en este momento, puesto que actualmente se está ejecutando la pena privativa de libertad, y por tanto, se está aplicando el programa de intervención tratamental diseñado por el Equipo Técnico y por lo tanto, actualmente se desconoce cuáles serán las medidas más convenientes a incluir dentro de la libertad vigilada puesto que ésta se hará efectiva o no dependiendo del pronóstico de peligrosidad del penado que tendrá que realizarse en el momento inmediatamente anterior a la finalización del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Finalizamos capítulo con el conjunto de resoluciones que tienen su origen en el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Galicia (Lugo) de fecha 23/04/2020.

En este primer auto se deja sin efecto la transmisión de la condena impuesta al penado a su país de origen (Rumanía) por considerar que no procede la misma al tratarse de una pena privativa de libertad que lleva aparejada una medida de seguridad post-penitenciaria al considerar que la Ley 23/2014 no contempla la transmisión de penas o medidas no privativas de libertad (criterio que sostiene el Ministerio Fiscal). Contra este auto se interpone recurso de apelación por parte de la representación procesal del interno. En la argumentación jurídica que expone la Audiencia Provincial, en primer lugar se hace referencia al hecho de que efectivamente, en el primer apartado del artículo 93 de la ya mencionada ley (bajo la rúbrica de

resolución de libertad vigilada), no se hace referencia a la llamada libertad vigilada post-penitenciaria.

Por el contrario, para la Audiencia, lo dispuesto en el artículo 93, en su apartado 2º, y en el artículo 94, se hace referencia a aquellas libertades vigiladas que se hayan acordado por la autoridad competente para la ejecución de la pena o medida privativa de libertad, sin que considere que quede excluida aquella libertad vigilada cuya ejecución esté prevista una vez finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Por último y para finalizar su argumentación, se remite a lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 23/2014, ya que en el mismo se dispone que “el régimen relativo a la llamada resolución de libertad vigilada se refiere a las adoptadas en el marco de medidas consecutivas a la condena, y a su finalidad de incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado... teniendo en cuenta el principio de la protección de las víctimas”.

Libertad vigilada y expulsión

Destacamos de este capítulo el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria único de la Región de Murcia de 27 de julio de 2020.

Partimos de la existencia de una sentencia condenatoria que impone una libertad vigilada por tiempo de 5 años para su ejecución con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad, por la comisión de un delito de abusos sexuales sobre menor de 13 años.

La Junta de Tratamiento del centro penitenciario, en relación al informe técnico previsto en la Instrucción 19/11, propone la sustitución de la libertad vigilada por la expulsión del territorio nacional.

En los razonamientos jurídicos de la resolución, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se detiene principalmente en dos aspectos respecto a la situación del penado.

Por un lado, hace hincapié en los factores de inadaptación que van a estar presentes en la vida en libertad del penado, como son las dificultades que va a encontrar al afrontar su reinserción socio-laboral. Las circunstancias que tiene en cuenta el órgano judicial a este respecto son el desconocimiento del idioma, su situación irregular en nuestro país, puesto que carece de permiso de residencia y la ausencia de vinculación familiar en España.

En segundo lugar, se hace referencia a aspectos de carácter penal y penitenciario, tales como la naturaleza del delito cometido, la ausencia de empatía hacia la víctima del mismo y su falta de interés manifestada expresamente en la realización del programa específico de tratamiento, lo que indica una pobre asunción de la responsabilidad delictiva.

Concluye por tanto el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que teniendo en cuenta que las medidas de seguridad (dentro de las que se encuadra la libertad vigilada postpenitenciaria), están orientadas a la reeducación y reinserción social y dado los factores antes mencionados que dificultan en gran medida dicha reinserción, es oportuno la sustitución de la libertad vigilada por la expulsión del territorio nacional.

Junto con esta consideración, el juzgado considera que el hecho de que el penado carezca de domicilio fijo y estable en nuestro país, dificulta en gran medida la realización de cualquier tipo de seguimiento o control del cumplimiento de la medida de libertad vigilada.

Por todo lo anterior, procede a proponer al tribunal sentenciador, la sustitución de la medida de libertad vigilada post-penitenciaria por la expulsión del territorio nacional que se ejecutará a partir de la fecha de la excarcelación del penado.

Contenido de la libertad vigilada

Comenzamos con el auto del Juzgado de lo Penal número 2 de Ceuta de 10 de febrero de 2020.

Partimos de la sentencia condenatoria que impone una pena de prisión de dos años por la comisión de un delito de abusos sexuales, así como la medida de libertad vigilada por un periodo de cinco años.

En virtud de auto posterior, se determinan las medidas que dotarían de contenido a esta medida de libertad vigilada. Entre las mismas se contemplaba la obligación de participar en programas formativos de educación sexual.

Con posterioridad a esta última resolución, se dictó sentencia firme por la que se condenaba al sometido a la medida, por la comisión de un delito de quebrantamiento de condena, con el consiguiente ingreso en un centro penitenciario para el cumplimiento de la pena de cuatro meses de prisión.

Como consecuencia de todas estas vicisitudes, se procedió a dar cuenta al correspondiente juzgado de vigilancia penitenciaria a los efectos de que efectuase la correspondiente propuesta para la modificación de las obligaciones determinadas para el cumplimiento de la libertad vigilada según lo dispuesto en los artículos 106 y 98.3 del Código Penal.

Cumplimentado el trámite preceptivo previsto en el artículo anteriormente referido (valoración de los informes emitidos por los profesionales que asistan al sometido a la medida), tanto en la propuesta efectuada por el juzgado de vigilancia penitenciaria, como en la resolución adoptada por el tribunal sentenciador se adopta la decisión de modificar las obligaciones impuestas en un primer momento, en el sentido de dejar sin efecto la relativa a la participación en programas formativos de educación sexual.

Esta decisión se fundamenta en los datos obrantes en los informes de los profesionales, en los que se hace referencia a aspectos de la personalidad del sujeto a la medida tales como inestabilidad, inmadurez y déficits personales. Estas circunstancias son las que se valoran para determinar que no presenta los requisitos necesarios para la inclusión en el referido programa y por lo tanto, se acuerda la sustitución de esta medida por la obligación de seguir tratamiento médico externo en la Unidad de Salud Mental del hospital correspondiente.

En sentido contrario nos encontramos con el auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 13 de noviembre de 2020.

El supuesto de hecho es el siguiente: Nos encontramos ante una medida de libertad vigilada que contiene, entre otras, la obligación de participar en el Programa de Control de la Agresión Sexual que tiene lugar en el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Palencia.

Con posterioridad, por este mismo servicio se pone en conocimiento del órgano judicial que el sujeto a la medida no posee ninguna noción del idioma, desconociendo por completo el español, por lo que a su juicio esto constituye “un elemento impositivo para la realización del programa”.

A la vista de lo anterior, se requirió a petición del Ministerio Fiscal un informe pericial por parte del Instituto de Medicina Legal; en el mismo se considera que no padece ninguna patología de carácter psiquiátrico y que estamos ante un sujeto que conoce la trascendencia de sus actos, por lo que estima que el procedimiento más conveniente es la participación en pro-

gramas de educación sexual, “máxime teniendo en cuenta las diferencias culturales de su nacionalidad”.

Por todo ello, la Audiencia Provincial dispone que no ha lugar a acceder a la sustitución de la obligación de participación en el programa de educación sexual por la consistente en seguimiento de tratamiento médico externo.

Y por último, y continuando con las resoluciones referentes a la obligación contenida en el artículo 106.1 j) del Código Penal, nos detenemos en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 2ª, de 1 de febrero de 2021.

En este caso, el mayor aspecto de interés de esta resolución, se encuentra en el hecho de que el tribunal sentenciador considera que las obligaciones que configuran el contenido de la libertad vigilada (impuesta como consecuencia de la comisión de un delito de abuso sexual a menor de 16 años) ya quedaron fijadas en la sentencia dictada por conformidad, y por lo tanto, entiendo que respecto a la propuesta que efectúa el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Código Penal) no procede la modificación de dicho contenido establecido en sentencia añadiendo un mayor número de medidas, considerando que no hay causa que lo justifique.

No obstante, deja constancia que la medida de libertad vigilada podrá modificarse, cesar o reducirse conforme a las previsiones contenidas en el artículo 97 del Código Penal, teniendo en cuenta que en este caso en concreto la representación del sujeto a la medida ha hecho constar que el centro penitenciario le excluyó de la participación en un programa de educación sexual por no considerarlo necesario.

Cuestión de competencia

Inauguramos capítulo con el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017. Dicha resolución tiene por objeto dar solución a la cuestión de competencia negativa planteada por un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia en relación al control y seguimiento de la libertad vigilada.

La cuestión de competencia se origina por un cambio de domicilio del sujeto a la medida. En un primer momento el penado fija su domicilio en Tortosa, habiéndose realizado una primera entrevista por parte del Servicio Territorial correspondiente a esta área geográfica. Con posterioridad, traslada su domicilio a Valencia y por parte del servicio territorial anteriormente mencionado se comunica dicho extremo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña, acordándose por este órgano el traslado de las actuaciones al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia correspondiente al último domicilio.

No obstante, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia rechaza la competencia considerando que le corresponde al Juzgado de Vigilancia de Cataluña por haber sido éste último el que trasladó la propuesta inicial de cumplimiento al tribunal sentenciador.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, acorde con el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, delimita el objeto de la cuestión de competencia, circunscribiéndola a la actuación prevista en el artículo 98 del Código Penal (elevación de la propuesta de cese, mantenimiento, suspensión o sustitución de la medida). A continuación, puntualiza que no existe regulación expresa de la intervención y competencia respecto a los juzgados de vigilancia penitenciaria en estas propuestas anuales previstas en el artículo anteriormente mencionado.

Por lo tanto, en su argumentación se remite a lo dispuesto en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio. Entiende el Alto Tribunal que se establece una relación entre el lugar donde el penado haya fijado su residencia con los Servicios de Gestión de Penas que hayan de encargarse del seguimiento de las medidas impuestas. Se aborda la problemática desde el punto de vista de la eficacia práctica y de la necesidad de inmediatez en la respuesta que se deba dar a posibles modificaciones en la situación del sujeto a la medida de libertad vigilada. Por último, puntualiza que la naturaleza de esta medida es diametralmente distinta a la institución de la libertad condicional y por lo tanto no puede aplicarse el mismo criterio competencial para su control. Concluye que la vigilancia que debe realizarse respecto al sujeto, dado que en la libertad vigilada se tiene en cuenta el concepto de peligrosidad (en ocasiones todavía persistente tras el cumplimiento de la

pena privativa de libertad) no puede realizarse a distancia, sin intermediación ni operatividad.

Como conclusión a todos estos razonamientos jurídicos, concluye que la cuestión de competencia debe resolverse otorgando la misma al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Valencia, que es el correspondiente al domicilio del sujeto a la medida de libertad vigilada.

Continuamos analizando el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3^a, del 27 de septiembre de 2017. En este caso, la cuestión que se dirime es si un juzgado de instrucción puede ser el competente como órgano sentenciador en lo que respecta a la aprobación de la propuesta efectuada por el juzgado de vigilancia penitenciaria conforme a los términos previstos en el artículo 106.2 del Código Penal.

La Audiencia considera que no es procedente equiparar la consideración de un juzgado de instrucción como sentenciador en los casos de dictarse sentencia de conformidad así como en los supuestos de emitir la orden de ejecución de la pena antes del reenvío de la ejecutoria al juzgado penal correspondiente con los casos en los que se trata de dirimir a quién le corresponde la ejecución en sí misma. En estos últimos supuestos, la Audiencia Provincial considera que la competencia le es atribuida con exclusividad al Juzgado de lo Penal correspondiente en cada caso.

Por último destacamos la providencia emanada del Juzgado de lo Penal número 4 de Pontevedra de 1 de febrero de 2021.

Los antecedentes de este supuesto son los siguientes: estamos ante una sentencia, que al apreciarse en el procedimiento la eximente de alteración psíquica recogida en el artículo 20.1 del Código Penal, impone la medida de seguridad de libertad vigilada durante un periodo de dos años, acordándose entre otras, la obligación de participar en programas formativos de seguridad vial.

Por parte del Servicio de Gestión de Penas correspondiente se devolvió el oficio emitido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a los efectos de ejecutar la realización del citado curso formativo, por considerar que únicamente son competencia de la Administración Penitenciaria las medidas de seguridad de libertad vigilada cuya ejecución tiene lugar con posterioridad al cumplimiento de una pena privativa de libertad según lo dispuesto en el artículo 23 del Real Decreto 840/2011.

Con posterioridad, por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Galicia se dicta auto por el que se declara incompetente para la ejecución de la libertad vigilada al no ejecutarse a través de una pena privativa de libertad.

Como consecuencia de esta última vicisitud, la competencia recae en el Juzgado de lo Penal como tribunal sentenciador, por lo que procede a requerir a la Dirección General de Tráfico a los efectos de la ejecución del programa formativo de seguridad vial. Esta entidad comunica que no es competente para la realización de este tipo de programas formativos cuando sean consecuencia de una medida de libertad vigilada.

Por lo tanto, por parte del tribunal sentenciador se emite oficio al Ministerio de Justicia, con la finalidad de que se indique qué organismo sería el competente para la ejecución de la citada medida, recibiendo la respuesta del siguiente tenor literal: “no es competencia de esta Unidad”.

Requiriéndose con posterioridad a la Jefatura Provincial de Tráfico a los efectos de aportar una alternativa para la realización del programa formativo, se indica que este organismo únicamente es competente para su realización en los casos de privación de puntos por sentencia judicial, pero no cuando éstos son consecuencia de una medida de seguridad.

Finalmente, y como solución a esta controversia, el Juzgado de lo Penal apela al deber general de colaboración de las distintas Administraciones con la Administración de Justicia para llevar a cabo la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales. Concluye que dados los antecedentes ya relatados y destacando que es la Administración Penitenciaria la que cuenta con un programa formativo en seguridad vial (TASEVAL) siendo éste el que mejor se ajusta a lo establecido en sentencia, es en el Centro de Inserción Social correspondiente donde debe ejecutarse esta medida contenida en la libertad vigilada impuesta.

**MEDIDAS
DE SEGURIDAD**

**ESPECIAL MENCIÓN
A LA LIBERTAD VIGILADA**

MEDIDAS DE SEGURIDAD

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 124/2010, DE FECHA 29-11-2010

Se anula parte del fallo condenatorio en el que se establecía la imposibilidad de revisar la medida de seguridad de internamiento hasta transcurridos 8 años.

En el recurso de amparo núm. 3278-2006, promovido por don Eliseo, representado por el Procurador de los Tribunales don Víctor E. y asistido por la Letrada doña Eva, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 dictada en el recurso de casación 205-2005P, que absolvió al demandante de los delitos de asesinato e incendio.

Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el 23 de marzo de 2006 el Procurador de los Tribunales don Víctor E., en nombre y representación de don Eliseo, formuló demanda de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la medida de seguridad de internamiento impuesta por la resolución impugnada.

2. Los hechos más relevantes de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) El demandante fue condenado, por Sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de Sala 20-2004, como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, en concurso con un delito de incendio, con la concurrencia de la eximente incompleta de esquizofrenia paranoide y la agravante de parentesco, a la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo, debiendo observarse en su aplicación lo dispuesto en el artículo 99 del Código penal, con prohibición de aproximarse a su madre a una distancia inferior a 500 metros durante cinco años, a computar desde que alcance su libertad, provisional o definitiva, o disfrute de un permiso, con abono del tiempo que estuvo privado de libertad en la causa para el cumplimiento de la pena.

b) El demandante de amparo interpuso recurso de casación contra dicha Sentencia, que fue estimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la de fecha 31 de enero de 2006, que apreció en el recurrente la eximente completa por incapacidad de culpabilidad del artículo 20.1 del Código penal, absolviéndole libremente de los delitos de los que había sido acusado, con aplicación de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 del Código penal por tiempo de veinte años, sin que pueda ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

3. La demanda de amparo, invocando los artículos 17, 24 y 25 de la Constitución Española, denuncia la vulneración del derecho del recurrente a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías al incurrir la Sentencia recurrida en reforma peyorativa, y la infracción de los principios de legalidad penal y de orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social.

Las vulneraciones denunciadas se concretan de la siguiente manera:

La referida al artículo 17 de la Constitución Española, que consagra el derecho a la libertad, se sustenta en que, si bien el establecimiento de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 del Código penal por la Sentencia recurrida es plenamente legítimo, no lo es la especificación de que «dicha medida no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento», por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 97 del Código penal y no respetar las garantías que la protección del derecho fundamental a la libertad exige en los supuestos de internamiento en establecimiento psiquiátrico de conformidad con la doctrina de este Tribunal,

los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que garantizan, todos ellos, que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada por la comisión de un hecho que la ley sanciona como delito.

La referida al artículo 24 de la Constitución Española, que consagra la tutela judicial efectiva sin indefensión, se sustenta en que prohíbe la reforma peyorativa en vía de recurso interpuesto sólo por la defensa, lo que se vulnera al fijar la Sentencia del Tribunal Supremo un límite mínimo y máximo de la medida de internamiento.

La prohibición de revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento supone --según el recurrente-- una agravación de la medida de seguridad impuesta por la Audiencia Provincial, que fue de siete años de internamiento.

El establecimiento de veinte años como límite máximo de la medida de seguridad impuesta, no solicitada por ninguna de las acusaciones, supone un aumento del límite fijado por la Sentencia de instancia que, igualmente, se sostiene que vulnera el principio acusatorio.

Las referidas al artículo 25.1 y 2 de la Constitución Española se sostiene en que consagran el principio de legalidad y en que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, y que al no permitir la revisión de la medida de internamiento hasta transcurridos ocho años desde su adopción se dificulta la reinserción social del demandante.

4. Por providencia de 17 de abril de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, concedió a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal plazo común de diez días para formular alegaciones en relación con lo dispuesto en el artículo 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. El Ministerio público presentó sus alegaciones el 18 de junio de 2008, en las que solicitó la admisión a trámite de la demanda de amparo al

no carecer manifiestamente de contenido constitucional (artículo 50.3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

6. Por providencia de 30 de septiembre de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda presentada por el Procurador don Víctor E. en nombre y representación de don Eliseo. Asimismo se acordó dirigir comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid para que en el plazo de diez días remitieran certificación o fotocopia adverada, de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 205-2005 y al rollo de apelación núm. 20-2004 respectivamente, con emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo.

7. Por providencia de la misma fecha se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la petición de suspensión interesada. Transcurrido el término conferido, mediante Auto de 12 de enero de 2009, se acordó denegar la suspensión de la medida de internamiento impuesta.

8. Por diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2009 se dio vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo de veinte días para presentar alegaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 52.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

9. El Ministerio público presentó sus alegaciones el día 27 de febrero de 2009, interesando el otorgamiento del amparo solicitado.

A juicio del Fiscal la medida de internamiento impuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo sin permitir su revisión durante un periodo de ocho años quiebra el derecho a la libertad del demandante, artículo 17 de la Constitución Española, al no observar ninguna de las exigencias con que debe ser adoptada la medida con arreglo a la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se concretan; en la necesaria motivación reforzada de la medida impuesta; en la legalidad de ésta, y en la

aplicación e interpretación de la norma de conformidad con lo establecido en los artículos 5.1 e) y 5.4 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Afirma el Ministerio público que la Sentencia recurrida carece de motivación que justifique la medida impuesta. No invoca norma legal que permita el internamiento involuntario con establecimiento de un periodo mínimo inmune a las revisiones regulares del estado de salud del enfermo, en contradicción con la previsión legal contenida en el artículo 97 del Código penal, que prevé la obligada revisión de la medida de seguridad e impone al Juez de Vigilancia Penitenciaria la elevación anual de una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida al órgano sentenciador. Finalmente se afirma que la Sentencia del Tribunal Supremo contraviene los artículos citados del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al declarar la improcedencia de la revisión de la medida durante ocho años.

Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española afirma el Fiscal que la imposibilidad de revisión de la medida establecida en la Sentencia supone una agravación de la situación del condenado que ve perjudicada su situación por razón de su propio recurso, lo que supone una reforma peyorativa con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de infracción del principio acusatorio, artículo 24.2 de la Constitución Española.

Por todo ello considera debe ser otorgado el amparo con reconocimiento al demandante de sus derechos a la libertad y a la tutela judicial, y con declaración de nulidad de la Sentencia recurrida.

10. El 12 de marzo de 2009 se registró la entrada del escrito de alegaciones de la parte recurrente, en el que se reiteran las formuladas en la demanda de amparo.

11. Por providencia de 25 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, recurso de casa-

ción 205-2005P, que absolvió al demandante de los delitos de asesinato e incendio por los que había sido condenado por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, al apreciar la Sentencia del Tribunal Supremo la concurrencia de eximente completa por incapacidad de culpabilidad [artículo 20.1 del Código penal], con aplicación de la medida de internamiento en centro psiquiátrico para tratamiento médico prevista en el artículo 101 del Código penal por tiempo máximo de veinte años, añadiéndose que tal medida de internamiento no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años desde su adopción.

Se denuncia, sustancialmente, que la prohibición de revisión de la medida de internamiento durante ocho años y el límite máximo de duración, fijado en veinte años, vulneran los derechos del demandante a la libertad, artículo 17 de la Constitución Española, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, al incurrir la Sentencia recurrida en reforma peyorativa que vulnera el principio acusatorio, artículo 24 de la Constitución Española, con infracción de los principios de legalidad y de orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, artículo 25 de la Constitución Española.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que la medida de internamiento impuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo, al no permitir su revisión durante un periodo de ocho años, quiebra el derecho a la libertad del demandante, artículo 17 de la Constitución Española, y supone una agravación de la medida impuesta por la Sentencia de instancia al establecer un límite temporal a la posible revisión, por lo que se ve perjudicado el demandante por razón de su propio recurso, lo que supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de infracción del principio acusatorio, artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación con la reforma peyorativa.

Para el adecuado enjuiciamiento de las cuestiones que suscita el presente recurso de amparo es aconsejable invertir el orden que el demandante propone para su examen. Habremos de empezar con la queja que, con fundamento en el artículo 24.1 de la Constitución Española, articula contra la decisión judicial que fija el límite máximo de duración de la medida de internamiento en centro psiquiátrico impuesta durante veinte años, por empeorar la situación del demandante con causa en el recurso interpuesto únicamente por él, y que por ser de naturaleza procesal aconseja su análisis

previo a la primera vulneración denunciada, que está referida al contenido material de la resolución recurrida.

2. El establecimiento de veinte años como límite máximo de cumplimiento de la medida de internamiento se aduce que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que prohíbe la reforma peyorativa, vulneración concurrente en el presente caso, a juicio del demandante, al imponer el límite de cumplimiento señalado con arreglo al recurso interpuesto por el demandante y sin petición de las partes acusadoras, con vulneración igualmente del principio acusatorio, circunstancia por la que la medida no puede exceder en su duración de los siete años fijados por la Sentencia de instancia.

La doctrina de este Tribunal sobre la interdicción de la *reformatio in peius* se recoge, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2003, de 10 de febrero, que reconoce la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Por ello la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española.

De igual forma alude la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2003 de 10 de febrero a la relación del principio acusatorio con la reforma peyorativa, al afirmar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1985, de 8 de julio «vino a concluir en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron.» (FJ 4), concluyendo en que: "Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso

de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5).» (FJ 5).

3. La doctrina expuesta en el anterior fundamento jurídico no resulta de aplicación ya que la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el demandante, único recurrente, absolviéndole de los delitos por los que había sido condenado en la instancia al ser declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo al artículo 20.1 del Código penal, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, que apreció la concurrencia de la eximente incompleta del artículo 21 del Código penal y le condenó a la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo con aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 del Código penal, todo lo cual evidencia que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio delito dictado con fundamento en la prevención de la peligrosidad del demandante y no como sanción por el hecho realizado, pronunciamiento consecuente con la estimación que se hizo de la petición realizada por el demandante en su recurso de casación de aplicación del artículo 101 del Código penal, aplicación que lleva implícita la previsión contenida sobre límite de duración del internamiento que «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo», previsión en la que se encuentra el límite de veinte años fijado por la Sentencia respecto delito de asesinato imputado, artículo 139 del Código penal.

La determinación de ese límite máximo de cumplimiento no puede quedar sometida, como pretende el demandante, a la duración de la medida de internamiento fijada en la Sentencia de instancia al no haber sido recurrida dicha Sentencia por las acusaciones, ya que con ello se pretende extender

la aplicación del principio acusatorio a un supuesto de pronunciamiento absolutorio en el que el Tribunal sentenciador en modo alguno ha comprometido su imparcialidad, al no haber asumido funciones acusatorias y sí de prevención respecto la conducta futura del demandante absuelto, consecuencia jurídica congruente con lo solicitado por el demandante en el recurso de casación interpuesto, lo que excluye la vulneración denunciada.

4. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1988, de 8 de junio, este Tribunal, al analizar el artículo 8.1 del Código penal, en su redacción anterior a la reforma introducida por Ley Orgánica 10/1995 y con motivo de un internamiento judicial en establecimiento psiquiátrico dispuesto en Sentencia penal, recogió las condiciones mínimas que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de cumplir la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el artículo 5.1 e) del Convenio, y que son; la existencia de una perturbación mental real; que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y que, dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos; es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo, Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp), cuya doctrina fue extendida con posterioridad a condenas judiciales que determinaron la reclusión de delincuentes enajenados en hospitales psiquiátricos, Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti contra Italia), condiciones que como afirma la Sentencia citada de este Tribunal, garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada; por lo que resulta obligado el cese del internamiento cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad, juicio que corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento.

Sobre el control y revisión de la medida de internamiento se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero, en cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 8.1 del Código penal, en términos coincidentes con lo ya dicho: "En consecuencia, resulta

obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1988). De otra parte, es preciso reiterar que la nueva redacción del artículo 8.1 del Código Penal hace posible, como antes se dijo, adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas que se estimen más adecuadas al estado mental del interesado. Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos –como los controles periódicos, antes mencionados–, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. Sin embargo, la redacción actual del precepto es suficiente garantía, ya que impone claramente a los órganos judiciales la eliminación de esas medidas en el momento en que dejan de ser necesarias» (FJ 5). Alude la Sentencia a la realización por el Tribunal penal de controles sucesivos que permitan tener constancia de la curación o de la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el internamiento, al no poder prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

5. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la nueva redacción dada a las medidas de seguridad en el Código penal, establece el fundamento de su aplicación en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, sin que pueda resultar la aplicación de las medidas ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, artículo 6.1 y 2 del Código penal, con expresa remisión de la ejecución de las medidas a la forma prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, artículo 3.2 del Código penal.

En cuanto a la aplicabilidad de las medidas de seguridad, el artículo 101 del Código penal establece que al sujeto declarado exento de responsabilidad criminal se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico, con indicación en el núm. 2 de dicho artículo de que "el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad

con lo previsto en el artículo 97 de este Código», precepto este último que regula el mecanismo de control de la medida durante la ejecución de la Sentencia mediante un procedimiento contradictorio, a través del cual el Juez o Tribunal sentenciador, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, podrá mantener, decretar el cese, sustituir o dejar en suspenso la medida de seguridad, con indicación en su último párrafo de la obligación que se impone al Juez de Vigilancia Penitenciaria de elevar, al menos anualmente, alguna de las propuestas anteriormente indicadas, existiendo así una previsión legal de control judicial anual del mantenimiento de la medida de internamiento.

6. También se impugna la prohibición establecida por la Sentencia según la cual la medida de seguridad impuesta al demandante, --internamiento para tratamiento médico en establecimiento adecuado a la alteración psíquica que se aprecia de esquizofrenia paranoide-- no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento, prohibición que tanto el demandante como el Ministerio Fiscal consideran vulnera el derecho a la libertad, artículo 17 de la Constitución Española, con alusión en desarrollo del motivo a la infracción que supone tal prohibición del artículo 97 del Código penal.

La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la libertad, por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, parte de su significado prevalente con las excepciones que a la misma hace la Constitución en los términos previstos en el artículo 17.1 de la Constitución Española: "nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», cuyo contenido, en palabras de las Sentencias del Tribunal Constitucional 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), se concreta con la afirmación de que el derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución Española es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la Ley, en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita, de modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los Tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional.

Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal que, en desarrollo del motivo, se imputa a la Sentencia recurrida al imponer una prohibición de revisión de la medida durante ocho años contraria a la previsión legal de revisión anual establecida por el artículo 97 del Código penal, infracción de precepto penal que tiene su encaje en el artículo 25.1 de la Constitución Española, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de libertad del artículo 96.2 del Código penal, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regulación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución.

El precepto citado por la Sentencia recurrida en justificación de la medida impuesta, artículo 101 del Código penal, remite en su número dos al artículo 97 del Código penal, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual a la que se hizo referencia en el anterior fundamento jurídico, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, artículo 25.1 de la Constitución Española, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el artículo 97 del Código penal.

En consecuencia procede anular parcialmente la Sentencia objeto de recurso, exclusivamente en lo referido a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la demanda de amparo promovida por don Eliseo y, en su virtud:

1º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la legalidad de las infracciones y sanciones penales (artículo 25.1 de la Constitución Española).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, exclusivamente en lo que se refiere a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

3º Desestimar la demanda en todo lo demás.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, NÚMERO 217/2015, DE FECHA 22-10-2015

No procede la utilización de la prisión provisional prorrogada para los casos de absolución por eximente completa apreciada en sentencia pendiente de recurso.

En el recurso de amparo avocado núm. 5.843-2014, promovido por don Jonás, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel y asistido por el Abogado don José Antonio, contra el Auto de 30 de julio de 2014 dictado por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera), que desestimó el recurso de súplica interpuesto por aquél contra el Auto de 16 de julio de 2014, dictado por el mismo órgano judicial y recaído en el sumario núm. 3-2014. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Magistrado don Antonio, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 30 de septiembre de 2014, don Jonás, interno en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, manifestó su voluntad de interponer recurso de

amparo contra las resoluciones judiciales reseñadas en el encabezamiento de la presente Sentencia, solicitando que le fuesen designados a tal efecto Abogado y Procurador de oficio.

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal de 8 de octubre de 2014, se acordó librar despacho al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid a fin de que se designara al recurrente Procurador y Abogado del turno de oficio para su representación y defensa en el presente recurso de amparo.

2. Recibidos los anteriores despachos, por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 24 de octubre de 2014 se tuvieron por designados a la Procuradora de los Tribunales doña Isabel para la representación del recurrente y al Abogado don José Antonio para su defensa, confiriéndose a la citada Procuradora un plazo de veinte días para que, bajo la dirección del Abogado mencionado, presentara la correspondiente demanda de amparo, que tuvo efectivamente su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 16 de diciembre de 2014.

3. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Mediante Auto de 15 de julio de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cádiz y recaído en las diligencias previas núm. 852-2013 –posteriormente convertidas en sumario ordinario núm. 3-2014–, se acordó la "prisión preventiva, comunicada y sin fianza "del recurrente de amparo. Dicha resolución precisaba que el ahora demandante debía "ingresar de inmediato en establecimiento psiquiátrico penitenciario a fin de que recibir [sic] el tratamiento que su estado de salud precise, quedando a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cádiz por la presente causa".

b) Estando el recurrente en dicha situación de privación cautelar de libertad se celebró juicio oral ante la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera), que dictó Sentencia, de fecha 18 de junio de 2014, en la que impuso al actor una medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento psiquiátrico penitenciario por un tiempo no superior a siete años. Dicha resolución consideraba probado que el recurrente había realizado un hecho objetivamente constitutivo delito de incendio tipificado en el artículo 351 del Código penal. La Sentencia apreciaba, no obstante, que concurría la eximente completa de alteración

psíquica (artículo 20.1 del Código penal), por lo que contenía un pronunciamiento absolutorio, al tiempo que imponía al demandante de amparo la medida de seguridad indicada, al concurrir los requisitos fijados en el artículo 95 del Código penal.

c) Dictada esta Sentencia, el recurrente presentó ante la Audiencia Provincial de Cádiz escrito de preparación del recurso de casación. En "otro sídigo" de dicho escrito el recurrente solicitó "el cese de la prisión provisional" pues, según señalaba, "de conformidad con el artículo 861 bis a) párrafo final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo absolutoria la sentencia dictada" procedía su "inmediata puesta en libertad".

d) En Auto de 16 de julio de 2014 la Audiencia tuvo por preparado el recurso de casación, denegando en la misma resolución la petición de libertad formulada "en atención a que la sentencia es absolutoria por estimar que concurre una eximente completa de alteración psíquica, pero se impone al condenado una medida de internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario por tiempo no superior a 7 años, por la alta peligrosidad que representa por las ideas paranoicas y delirios relacionados con la obsesión al fuego". En la misma resolución, aplicando el artículo 504.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, el Tribunal acordó "la prórroga de la prisión provisional", debiendo el recurrente "permanecer para su tratamiento médico en el establecimiento psiquiátrico penitenciario".

e) Frente a esta resolución, el demandante de amparo presentó recurso de súplica, en el que alegó: (i) vulneración del artículo 503 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto dicho precepto exige que la prisión provisional se funde en la existencia de indicios de "responsabilidad criminal", lo que implica que no pueda ser acordada en relación con un sujeto declarado irresponsable; y (ii) violación de los artículos 504.2 y 861 bis a) Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues el primero de los preceptos citados sólo permite prorrogar la prisión si la sentencia es condenatoria y el segundo señala en su último párrafo lo siguiente: "Si la sentencia recurrida fuera absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad". La infracción de estos preceptos determinaba, a su vez y a juicio del recurrente, la violación del artículo 17 de la Constitución Española, al no existir "motivo ni soporte legal alguno que sustente la prórroga de la prisión acordada".

f) El recurso de súplica fue desestimado por la Audiencia en Auto de 30 de julio de 2014, resolución en la que el tribunal provincial señaló: (i)

que, aun siendo absolutoria la Sentencia, en ésta se consideraba probada la realización del hecho punible, por lo que era posible la aplicación de los preceptos aludidos por el recurrente, y (ii) que, tal y como se razonaba en el Auto de prórroga de la medida cautelar, "persistía el cuadro delirante deponiendo los forenses [en el acto del plenario] que es nula la conciencia de su enfermedad [del recurrente] y la adhesión al tratamiento es escasa y no se puede prever la aparición de esos brotes, por lo que es absolutamente necesario que siga sometido al tratamiento médico en régimen de internamiento, privado de libertad, en el Centro Penitenciario Psiquiátrico. Siendo inviable el tratamiento ambulatorio por la alta peligrasidad que representa".

g) Con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, en Auto de 30 de octubre de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó "no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente" contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, circunstancia que determinó la firmeza de la sentencia recaída en la instancia y el consiguiente cese de la medida cautelar privativa de libertad adoptada, acordando la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera), en Auto de 25 de noviembre de 2014, que se procediera a la ejecución de la Sentencia.

4. En su escrito de demanda, el recurrente considera que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española). Señala el actor, en la escueta fundamentación jurídica de su escrito, que el artículo 504.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede servir de sustento a la prórroga de la prisión provisional ya que (i) sólo puede aplicarse a un "condenado" y no a un acusado que ha resultado absuelto, y (ii) el precepto establece, como alcance temporal máximo de la medida cautelar, "el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia", siendo evidente, en su opinión, que, en el caso planteado, no se ha impuesto pena alguna sino medida de seguridad. La falta de cobertura legal de la prórroga de la prisión provisional determina, a su parecer, la consiguiente infracción del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).

El demandante estima, en suma, que la Audiencia Provincial de Cádiz ha aplicado la prisión provisional a un supuesto de hecho que el legislador no ha previsto expresamente. En su opinión, la ley procesal vigente

no regula el internamiento cautelar de personas que, sin ser criminalmente responsables, estén sujetas al proceso penal a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad. Esta omisión no puede ser suplida en vía interpretativa, torciendo para ello el tenor de los preceptos legales aplicables. Estaríamos ante una práctica interpretativa generalizada, lesiva de la libertad individual e incompatible con la Constitución.

5. Por providencia de 16 de abril de 2015, la Sala Segunda acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al sumario ordinario núm. 3-2014, interesándose al propio tiempo del órgano judicial que emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días.

La aludida providencia aclara que el recurso de amparo "ofrece especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)" porque "puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 b)]" y porque "la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 e)]".

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Segunda, por diligencia de ordenación de su Secretaría de Justicia de fecha 18 de mayo de 2015, acordó dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

7. La representación del recurrente de amparo presentó sus alegaciones en escrito registrado el día 15 de junio de 2015, en el que se limitó a ratificar las ya efectuadas en la demanda.

8. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito de fecha 16 de junio de 2015, en el que ha interesado la íntegra desestimación de la demanda de amparo.

Considera, en primer lugar, el Ministerio Fiscal que el recurso plantea un supuesto "que no ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional en su nada desdeñable doctrina sobre discapacidad y sobre los internamientos de enajenados", debiendo determinarse si, tal y como afirma el recurrente, la prórroga "hasta la mitad de la condena" de la situación de prisión provisional "tras el dictado de una sentencia absolutoria por habersele apreciado una eximente de enajenación carece de sustento legal y es por ello vulneradora de su derecho a la libertad". Dando respuesta anticipada a este interrogante, la Fiscal afirma que, aunque "de la dicción literal del artículo 504 Ley de Enjuiciamiento Criminal pudiera desprenderse que el mantenimiento del internamiento del ahora demandante en el centro psiquiátrico penitenciario carece de previsión legal de modo estricto", esa conclusión queda descartada si se atiende a "toda la regulación, procesal y penal" atinente a dicha privación cautelar de libertad.

Más concretamente, a juicio del Ministerio Fiscal, la cobertura legal de la prórroga de prisión acordada se deduce de los siguientes elementos de juicio:

(i) De la circunstancia de que, en el Código penal en vigor, las medidas de seguridad tengan como fundamento necesario la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito "sin que las mismas puedan ser más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido".

(ii) De la "doctrina inconcusa" según la cual "no se puede imponer la medida de seguridad de internamiento en los supuestos de sobreseimiento libre sino que es preciso terminar la causa por sentencia en la que quede acreditada la comisión del hecho delictivo y la necesidad de dicha medida".

(iii) Del artículo 381 Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto según el cual "si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad", norma de la que el Ministerio Fiscal deduce que "cabe decretar la prisión provisional de los enajenados".

(iv) De la práctica forense, según la cual el tiempo de prisión provisional sufrido por el enajenado se descuenta de la medida de seguridad impuesta finalmente en Sentencia.

(v) Del hecho de que dichas medidas de seguridad, una vez impuestas por Sentencia firme, deban ser "anotadas en los Registros de Penados y Rebeldes", de acuerdo con el artículo 137 del Código penal.

(vi) De que, por más que estemos ante una sentencia formalmente absoluta, "en sentido estricto, de conformidad con lo prevenido en el artículo 144 Ley de Enjuiciamiento Criminal, la absolución debe entenderse libre en todos sus pronunciamientos, lo que no acontece en el supuesto a examen".

(vii) Del hecho de que la disposición transitoria primera de la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduzca "a efectos comparativos, para determinar la ley penal más favorable, no sólo la pena que correspondería al hecho enjuiciado, sino también, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad".

De este bloque legislativo deduce la Fiscal ante el Tribunal Constitucional que "nuestra legislación tanto procesal como penal tiene previsto que se pueda decretar la prisión provisional de los enajenados", pues los preceptos contenidos en dicha legislación "exigen la celebración del juicio oral para poder imponer una medida de seguridad, la medida de seguridad en ningún caso puede ser más gravosa que la pena que le correspondiera al sujeto si fuere imputable, la prisión provisional se le abona para el incumplimiento [sic] de la medida de seguridad, la prisión provisional sufrida se descuenta de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta que debe ser anotada en los registros pertinentes".

9. El Pleno de este Tribunal, mediante providencia de 8 de julio de 2015, acordó, de conformidad con el artículo 10.1 n) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo.

10. Por providencia de 20 de octubre de 2015, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el demandante de amparo considera que el Auto de 16 de julio de 2014, dictado por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera), ha vulnerado su derecho

fundamental a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española). Entiende el actor que dicha resolución prorrogó sin cobertura legal suficiente la medida cautelar de prisión provisional que le había sido previamente impuesta. El Auto de 30 de julio de 2014, dictado por el mismo órgano judicial, habría reincidido en dicha vulneración al desestimar el recurso de súplica presentado por el recurrente. Éste considera, en particular, que los preceptos de la Ley de enjuiciamiento criminal no permiten prorrogar la prisión provisional a quien ha sido absuelto por razón de su enfermedad mental, aunque el órgano de instancia le haya impuesto paralelamente una medida de seguridad de internamiento.

El Ministerio Fiscal interesa, por su parte, la desestimación del recurso de amparo por las razones que han quedado expuestas en los antecedentes.

2. El recurso plantea, como cuestión de fondo, la posible falta de cobertura legal de la prórroga de la prisión provisional cuando ha recaído una Sentencia definitiva que aprecia una eximente completa pero que impone una medida de seguridad de internamiento y dicha Sentencia no ha alcanzado aún su firmeza por haber sido recurrida. En el caso planteado se da, además, la circunstancia de que la Sentencia de referencia únicamente fue impugnada en casación por el recurrente de amparo, habiéndose aquietado, por tanto, la acusación a la declaración de exención de responsabilidad penal del acusado. El problema planteado entronca, así, con la doctrina que este Tribunal ha fijado sobre las garantías de habilitación legal y previsibilidad que deben caracterizar a las medidas cautelares personales susceptibles de ser impuestas en el proceso penal, particularmente en aquellos supuestos, como el presente, en que ha recaído ya un inicial pronunciamiento, en este caso absolutorio, motivado por una causa de exclusión de la culpabilidad penal que ha determinado la apreciación de una circunstancia eximente de responsabilidad criminal.

De modo general, hemos señalado que "la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional", afirmación que hemos proyectado específicamente sobre el derecho a la intimidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), el derecho a la integridad física [Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 B), y 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2], el derecho a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho al secreto de

las comunicaciones (Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7), el derecho a la libertad de elección de residencia y circulación (Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3) y, muy especialmente, sobre el derecho a la libertad personal (Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 6).

En el ámbito de este último derecho fundamental, que es el que ahora nos ocupa y, más concretamente, en el específico marco de la medida cautelar de prisión provisional, hemos afirmado que la exigencia general de habilitación legal supone "que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional" ha de estar "prevista en uno de los supuestos legales" (uno de los "casos" a que se refiere el artículo 17.1 de la Constitución Española) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la "forma" mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 2; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2).

En suma, la exigencia de habilitación legal supone que la medida cautelar ha de estar prevista en el ordenamiento y se ha de aplicar únicamente a los supuestos expresamente contemplados por la ley.

También hemos afirmado en repetidas ocasiones que la mera existencia de la norma legal no cumple plenamente con los mandatos constitucionales que hacen legítima la injerencia en el derecho fundamental. Siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, hemos declarado que el legislador "ha de hacer el 'máximo esfuerzo posible' para salvaguardar la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). Profundizando en esa idea, hemos sostenido, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que "la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección

adecuada contra la arbitrariedad" (Sentencias del Tribunal Constitucional 169/2001, 16 de julio, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7).

Trasladando nuevamente esa doctrina general al ámbito específico de la prisión provisional, hemos afirmado que la ley habilitadora de la injerencia ha de hacer suficientemente previsible la extensión y el contenido de la privación de libertad, lo que "encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del artículo 17.4 de la Constitución Española" (Sentencias del Tribunal Constitucional 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4; 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5, y 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2 b).

De acuerdo con la doctrina transcrita, puede concluirse que la existencia de una cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público en la libertad individual es un requisito previo e insoslayable, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explicita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después, valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada, ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada, todo ello de acuerdo con el principio favor libertatis o in dubio pro libertate, que lleva a la "elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad" (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2).

A la vista de lo expuesto, debemos, por tanto, determinar si, con la vigente regulación legal de la prisión provisional, es posible la aplicación de este instituto a personas inicialmente declaradas como inimputables en virtud de una sentencia, para los que el proceso penal ha proseguido a los solos efectos de dilucidar la pertinencia de una medida de seguridad privativa de libertad; se trata, en definitiva, de determinar si nos hallamos ante un supuesto con cobertura legal suficiente, para comprobar después y sólo en caso de respuesta afirmativa, si dicha norma legal cumple con la exigencia de previsibilidad derivada de nuestra doctrina.

3. De acuerdo con lo expuesto, nuestra primera tarea consiste, pues, en realizar un juicio de contraste entre la norma legal utilizada por el órgano judicial para prorrogar la prisión provisional y el supuesto de hecho subsumido en ella.

Para realizar la tarea indicada, hemos de identificar, en primer lugar, la norma aplicada por el órgano judicial, que, en el caso planteado, ha sido el artículo 504.2 in fine Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que exige que el imputado "fuere condenado" y que fija como límite máximo de la privación de libertad cautelar el de "la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia". La mera lectura de este precepto pone de relieve su incompatibilidad semántica con el supuesto de hecho que nos ocupa, en el que el recurrente de amparo no fue condenado al cumplimiento de pena de prisión alguna, sino al de una medida de internamiento en un centro adecuado al tipo de trastorno psiquiátrico que el acusado padecía.

En efecto, el artículo 504.2 in fine Ley de Enjuiciamiento Criminal permite que la prisión provisional se prorrogue hasta el límite máximo de la mitad "de la pena efectivamente impuesta en la sentencia", referencia legal que, con toda claridad, limita su aplicación de modo exclusivo al supuesto de hecho en que concurren dos requisitos, la condena del acusado y que la pena a imponer sea la de prisión, sin que se extienda al supuesto de adopción de una medida de seguridad, aunque ésta sea la de internamiento.

Es, así, evidente que la "sentencia condenatoria" aludida en el artículo 504.2 in fine Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de ser una resolución judicial que, considerando al acusado "responsable criminal" delito –y confirmando de ese modo el juicio pronóstico contemplado en el artículo 503.1.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal– le imponga una pena privativa de libertad.

Así resulta, además, de una lectura sistemática de la ley procesal penal, que llega a establecer en párrafos separados del artículo 846 bis b) la legitimación para recurrir que corresponde al "condenado", distinguiéndola de la que alcanza a quien ha sido absuelto, aclarando la aludida norma que este último también puede presentar recurso "si se le impusiere una medida de seguridad o se declarase su responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en el Código Penal".

Debemos señalar que a esta interpretación, que es la que naturalmente se desprende de la lectura de las normas legales aludidas, no se opone

el tenor del artículo 144 Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocado por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones. Dicho precepto no señala que la Sentencia absolutoria lo haya de ser en todos sus pronunciamientos, sino que, de modo literal, lo que dispone es que la absolución será "libre en todos los casos", expresión que el legislador de 1882 utilizó para desterrar definitivamente del proceso penal español el expediente inquisitivo de "absolución en la instancia", instituto que permitía sentencias absolutorias sin efecto de cosa juzgada, convirtiendo indebidamente al ciudadano, según las expresivas palabras de la exposición de motivos del texto decimonónico, en "una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor". Así pues, el precepto no puede obviar el dato incuestionable de que el artículo 504.2 in fine Ley de Enjuiciamiento Criminal exige en todo caso la imposición de una pena de prisión.

4. De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, sólo una interpretación análoga –y, por ello, incompatible con las exigencias de nuestra doctrina sobre la habilitación legal de la injerencia en la libertad– podría llevar a pensar que el precepto legal aplicado por la Audiencia Provincial cubre el supuesto de hecho que ahora se nos plantea. La norma utilizada para prorrogar la prisión provisional del actor no contiene ninguna referencia formal a dicho supuesto. Es más, su dicción literal es manifiestamente incompatible con éste, ya que, de acuerdo con el artículo 504.2 in fine sólo puede prorrogarse la prisión preventiva cuando la Sentencia dictada y recurrida haya impuesto una pena de prisión. Como afirmamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7, "no estamos por lo tanto ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de ley".

Así lo reconoce el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, en las que, en defecto de todo soporte normativo directo, opta por deducir la viabilidad de la prisión provisional en el caso planteado de un conjunto de normas, que a todo lo más que llegan es a reflejar una cierta tendencia legislativa a la armonización del régimen normativo de la medida de seguridad de internamiento con el que es aplicable a la pena de prisión en lo que se refiere al máximo de duración de las medidas de seguridad y a la necesaria celebración de juicio oral para llegar a un determinado pronunciamiento final en sentencia; en estricta interpretación de la legalidad ordinaria, la celebración del juicio oral y el dictado de una sentencia, aun cuando sea

absolutoria por reconocimiento de una circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, viene, en este caso, justificada por la imposición de una medida de seguridad de internamiento limitada a un determinado período de tiempo máximo y por el pronunciamiento de responsabilidad civil, pero los preceptos invocados nada dicen sobre la posibilidad de utilizar la medida cautelar de prisión provisional prorrogada para los casos de absolución por eximente completa apreciada en sentencia pendiente de recurso.

De otro lado, resulta irrelevante, a efectos de dilucidar la cobertura legal de la prisión provisional prorrogada aplicada por la Audiencia Provincial al recurrente, la afirmación de que las medidas de seguridad impuestas en sentencia firme se inscriban en el Registro previsto en el artículo 137 del Código penal, pues se trata de un precepto que atiende a finalidad muy distinta (cancelación de la anotación de una medida de seguridad en el Registro Central de Penados y Rebeldes) de la que es ahora objeto de nuestro estudio.

Tampoco guarda relación con el caso que nos ocupa la cita de la disposición transitoria primera de la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuyo contenido –en cuanto impone la comparación entre legislaciones sucesivas también en lo que se refiere a las medidas de seguridad aplicables– es ajeno a la problemática que ahora se suscita.

De todas las normas citadas por el Ministerio Fiscal para sustentar la tesis de que tiene cobertura legal la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional prorrogada a quién provisionalmente le haya sido impuesta una medida de seguridad de internamiento, sólo el artículo 381 Ley de Enjuiciamiento Criminal, merece un análisis más detallado porque guarda cierta relación con el régimen jurídico de la prisión provisional. El referido precepto dispone que "si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título".

Sin embargo, tampoco de este precepto puede extraerse conclusión interpretativa alguna de que la norma reproducida proporcione cobertura legal al supuesto de autos; El Ministerio público afirma que el precepto permite "decretar la prisión provisional de los enajenados", pero, en realidad,

sólo dispone que, si existen indicios de enfermedad mental, habrá de recabarse en todo caso un informe médico forense, sometiendo al procesado a observación a efectos de emitir este dictamen. Se trata, en primer lugar, de una norma que se ubica sistemáticamente en la fase de instrucción del sumario, en la que se advierte al Juez instructor que, de apreciar "indicios de enajenación mental" en el procesado (no juzgado aún) deba someterlo a la observación de los médicos forenses, con objeto de precisar una inicial valoración de su estado psíquico; el precepto se halla sistemáticamente encuadrado en el ámbito de las primeras diligencias de investigación sobre la "identidad delincuente y sus circunstancias personales", dentro de la fase de instrucción del sumario, habiéndolo introducido el legislador en este capítulo de la norma procesal, de estricta naturaleza investigadora, con el objetivo de que el Juez instructor pueda hacer una primera valoración de la capacidad psíquica del procesado sometido al proceso, con vistas a la ulterior culminación de la fase de investigación y preparación para el juicio oral y la resolución definitiva. En el supuesto de autos, en cambio, el inicialmente acusado ha sido ya enjuiciado y objeto de un pronunciamiento judicial en el que se le ha apreciado, no ya indicios, sino la certeza de tener alterada su capacidad psíquica y por ello ha sido declarado exento de responsabilidad criminal. Además, en segundo término, el precepto cumple una doble finalidad, de una parte asistencial, pues ordena al Juez que curse el mandato oportuno para que el procesado sea sometido "a la observación de los médicos forenses" y, de otro lado, de clara vocación investigadora dentro del sumario, con vistas a perfilar la concurrencia o no de una posible circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en aquél. Este precepto, por tanto, en nada habilita legalmente para fundamentar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad prorrogada, pues el alcance y fines que persigue son distintos de los que ahora analizamos.

En definitiva, una vez llegados a este punto, hemos de constatar, de una parte, que el artículo 504.2 in fine Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fue el precepto aplicado por la Audiencia Provincial, no contempla la prórroga de la prisión provisional para el supuesto de hecho planteado; y, de otro lado, resulta patente, también, que los diversos preceptos que hemos analizado carecen de la entidad necesaria para sustituir la omisión que se aprecia en aquél precepto, a los efectos de dar cobertura legal directa a la medida cautelar privativa de libertad acordada, por lo que necesariamente hemos de concluir que la medida cautelar de prisión provisional prorrogada que establece el artículo 504.2 último párrafo Ley de Enjuicia-

miento Criminal no proporciona cobertura legal al internamiento cautelar que la Audiencia Provincial había decidido aplicar al ahora demandante de amparo hasta tanto fuera resuelto el recurso de casación formalizado por éste y hasta que la medida seguridad privativa de libertad impuesta en la sentencia hubiere alcanzado, en su caso, la firmeza. Lo que no obsta a la aplicación, en su caso, de otras previsiones contempladas en el ordenamiento procesal que habiliten al órgano judicial para adoptar una medida de internamiento cautelar y no voluntario de una persona por razón de su trastorno psíquico, como la previsión recogida en el artículo 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, u otras que el legislador, en su caso, establezca en cumplimiento de nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, que declaró aquel precepto inconstitucional aunque no nulo por carencia de rango orgánico, que, sin embargo, le ha sido conferido recientemente por el artículo 2, apartado 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que modificó la disposición adicional primera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la norma aplicada no da cobertura legal al supuesto de hecho que se nos plantea, lo que nos exime de entrar a examinar la previsibilidad del contenido y duración de la injerencia.

5. Los criterios expuestos conducen, en conclusión, a declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente por haberle sido impuesta la medida cautelar de prisión provisional prorrogada sin haber sido prevista específicamente para este supuesto de hecho por el Legislador. A tal efecto, con el fin de restablecer al demandante en la integridad de su derecho, habrán de ser anulados los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera) de 16 y 30 de julio de 2014, sin que ello conlleve, sin embargo, modificación alguna de su situación personal, en cuanto al cumplimiento de la medida de seguridad impuesta en sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por don Jonás y, en consecuencia:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente.

2º Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular los Autos de 16 y 30 de julio de 2014 de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera), dictados en el sumario núm. 3-2014.

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 609/2015, DE FECHA 14-10-2015

La exigencia de contar con los informes de los profesionales encargados de asistir al sometido a libertad vigilada está referida al momento de su ejecución, no de la imposición den sentencia.

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de octubre de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Balbino y por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL, contra sentencia de fecha 22 de septiembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimosegunda, en causa seguida Balbino por delito de abusos sexuales, 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. Candido, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora D.^a M.^a Inmaculada.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 16/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimosegunda que con fecha veintidós de septiembre de 2.014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Primero.- Ha quedado acreditado que el acusado, Balbino, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fechas no precisadas, pero comprendidas entre el año 2008 y el día 12 de junio de 2012 y aprovechando las invitaciones de los padres de la menor Josefa a su domicilio sito en la RONDA000 n° NÚM000, NÚM001 de Sabadell, cuando se quedaba a solas con la niña que contaba durante ese periodo entre 5 y 8 años de edad, en al menos dos ocasiones, la última de ellas el día 12 de junio de 2012, realizó tocamientos por encima y por debajo de la ropa de la menor, sentándola sobre sus piernas o estirándola sobre el sofá y metiendo su mano bajo las bragas de Josefa, tocándole el culo y la vulva con la evidente intención de satisfacer sus impulsos sexuales, diciendo a la menor que no dijese nada a nadie o sería mala y lo llevarían a prisión por su culpa.

SEGUNDO.- El acusado con carácter previo a la celebración del acto del Juicio Oral efectuó, en fechas 14 de agosto de 2014 y 5 de septiembre de 2014, dos ingresos a cuenta de la responsabilidad civil que se decretare en esta causa por importes de 3.000 y 5.000 euros respectivamente".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLO: "Que debemos condenar y condenamos a Balbino, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de trece años ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a Josefa a menos de mil metros de su lugar de domicilio, estudios o cualquiera otro que frecuente y de su persona durante un periodo de tiempo de cinco años, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo plazo.

En materia de responsabilidad civil el acusado deberá a indemnizar a la menor Josefa, a través de sus representantes legales, en la cantidad de 8.000 € (ocho mil euros) por los perjuicios morales causados.

Se condena asimismo a Balbino al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma por la representación de recurso de casación infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por Balbino, y por infracción de ley por el Ministerio Fiscal que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación del recurrente, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos PRIMERO: Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender vulnerados los números 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 74.1 y 3 del Código Penal, así como el artículo 109 del mismo texto legal .

El Ministerio Fiscal formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 192 y 106 del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la votación y fallo prevenidos uno de octubre pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 22 de septiembre de 2014, condena al recurrente como autor de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de trece años a la pena de cuatro años de prisión. Frente a ella se alzan los recursos del condenado y del Ministerio Fiscal, el primero fundado en dos motivos por infracción constitucional e infracción de ley, y el segundo en un motivo único por infracción de ley.

SEGUNDO.- El primer motivo de los interpuestos por el recurrente, alega vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

El motivo, en realidad, es un cajón de sastre que incluye diversas impugnaciones diferentes, lo que constituye un defecto procesal que podría justificar su inadmisión conforme al art 884 4º Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En primer lugar considera el recurrente que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por estimar que el escrito de acusación describe abusos cometidos entre los años 2008 y 2012, y sin embargo la sentencia impugnada condena aplicando la regulación de 2010, más grave que la anterior.

Esta alegación carece de fundamento, pues aun cuando los hechos se iniciaron antes de la entrada en vigor de la reforma de 2010, se trata de un delito continuado y los abusos continuaron después de esa fecha, por lo que la última regulación más grave es la que debe determinar la pena a imponer por el delito continuado conforme a lo dispuesto en el art 74 1º del Código penal.

En segundo lugar se alega que pese a la negativa del acusado a declarar en el juicio, se valoraron sus declaraciones anteriores leídas al amparo del art 714 Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo así que este precepto solo se refiere a los testigos. Tampoco puede ser estimada esta alegación, pues refiriéndose la lectura a declaraciones prestadas de forma inobjetable en presencia judicial, la doctrina jurisprudencial estima también aplicable esta norma a las declaraciones de los imputados (Sentencia del Tribunal Supremo 1.030/2009, de 22 de octubre, entre otras).

En tercer lugar se alega incongruencia omisiva por no haber resuelto el Tribunal sobre la atenuante de dilaciones indebidas, alegación que también debe ser desestimada pues la representación del acusado no planteó debidamente la eventual concurrencia de esta atenuante en el escrito de conclusiones definitivas, y en cualquier caso la escasa duración del proceso no justificaría su aplicación.

La alegación de presunción de inocencia carece también de consistencia pues el Tribunal ha valorado minuciosa y razonablemente la prueba de cargo practicada, esencialmente la declaración de la menor afectada, a la que otorga plena credibilidad, los informes periciales, especialmente los forenses, que establecen una alta probabilidad de la existencia de abusos, las declaraciones de referencia y el reconocimiento parcial del acusado ante el Juez instructor, prueba suficiente para desvirtuar la presunción constitucional.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, alega vulneración del art. 74 del Código penal, por estimar que los hechos no deberían haberse calificado como delito continuado del art. 183 posterior a la reforma de 2010, pues solo consta con precisión un abuso posterior a la entrada en vigor de dicha reforma, realizado el 12 de junio de 2012.

El motivo no puede ser admitido. Consta en el relato fáctico una sucesión de abusos, el último el 12 de junio de 2012, cuando ya era aplicable desde tiempo atrás la reforma de 2010, por lo que conforme al art. 74.1º, in fine, es esta infracción más grave, la cometida con seguridad en 2012, la que determina la penalidad, con independencia de que otras infracciones se hayan realizado antes de la entrada en vigor de la reforma.

En consecuencia, el recurso interpuesto por la representación del condenado debe ser íntegramente desestimado.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, fundado en un motivo único por infracción de ley, alega inaplicación de lo dispuesto en los artículos 192 y 106 del Código penal, sobre libertad vigilada.

Alega el Ministerio Público que la sentencia de instancia omite indebidamente la imposición de la medida de libertad vigilada solicitada por la acusación pública, con una duración de cinco años y específicamente orientada a la participación en programas formativos de educación sexual, conforme al art. 106.1º j del Código penal.

La sentencia deniega la imposición de la medida con un doble argumento. En primer lugar alega que no se han aportado a la causa los "informes legales exigidos para la concreción judicial de la medida de libertad vigilada que proceda en cada caso" y por otro se afirma que "tampoco se ha solicitado la imposición de una medida concreta". El Ministerio Fiscal cuestiona esta argumentación alegando que los informes no son necesarios para la imposición de la medida en la sentencia, sino para su control posterior en fase de ejecución, conforme al art. 98, y que si se concretó la medida especificando su duración (cinco años) e incluso su modalidad (participar en programas de educación sexual).

QUINTO.- El motivo debe ser estimado.

En primer lugar el art. 192 del Código penal, como reconoce la sentencia impugnada, dispone expresamente que a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo la duración de la medida de cinco a diez años si el delito fuera grave. Conforme al artículo 33 del Código penal, son graves los delitos cuya pena de prisión supera los cinco años. El artículo 183 del Código penal, dispone la pena de dos a seis años de prisión por abusos sexuales a menores. Por lo tanto, se trata de un delito grave.

Asimismo el art. 106.2º establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena de privación de libertad impuesta "siempre que así lo disponga de forma expresa el Código" (en la actualidad en supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) y siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador.

El propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor. Excepción que es manifiesto que no concurre en el caso actual, por lo que la imposición de la libertad vigilada es imperativa.

En segundo lugar la exigencia de contar con informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad, es claro que se refiere, en caso de delinquentes sexuales como

el aquí enjuiciado, a la fase de aplicación de la medida, una vez cumplida la pena previa de privación de libertad. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 106.2º, que es el específicamente aplicable a estos supuestos, al señalar expresamente que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia, por el procedimiento previsto en el art. 98, que incluye la valoración de los referidos informes, elevará una propuesta al Tribunal sentenciador que, en este momento concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado.

Esta interpretación se deduce del propio texto de la ley, y además de la consideración lógica de que cuando puede contarse con dichos informes es precisamente cuando el condenado ya ha estado cumpliendo su pena privativa de libertad, y no con anterioridad al enjuiciamiento, momento en el que puede estar en libertad, se presume inocente y todavía no está sometido ordinariamente a la asistencia de facultativo o profesional alguno.

En consecuencia, es en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –últimado el cumplimiento de la pena– cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones y contenido concretos de la medida, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, conforme a los artículos 97, 98, y 106.2º y 3º del Código penal.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto, dictando segunda sentencia en la que se imponga la medida de libertad vigilada legalmente prevenida en las condenas por este tipo de delitos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Balbino contra sentencia de fecha 22 de septiembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimosegunda, en causa seguida al mismo por delito de abusos sexuales. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL contra la anterior sentencia; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sen-

tencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil quince.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell y seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimosegunda, por delito de abusos sexuales, en causa seguida a Balbino, nacido en Bogotá (Colombia), hijo de Nazario y de Beatriz, domiciliado en Madrid; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 22 de septiembre de 2014, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos imponer al recurrente Balbino, CINCO AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, para su

cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, concretándose las obligaciones y prohibiciones que procedan a propuesta del Juez de Vigilancia, antes de finalizar el cumplimiento de la pena de prisión.

III. FALLO

Debemos imponer al recurrente Balbino, CINCO AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, concretándose las obligaciones y prohibiciones que procedan a propuesta del Juez de Vigilancia, antes de finalizar el cumplimiento de la pena de prisión. DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 840/2015, DE FECHA 30-12-2015

En el caso de imposición de medida de seguridad de internamiento, se abonará la prisión provisional sufrida al límite máximo de la medida si la duración de pena de prisión excediera de la de la medida abonándosele la medida cautelar.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de diciembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, de fecha tres de julio de dos mil quince; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Juan, siendo parte recurrida Ruperto, representado por la procuradora Doña Rocío.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, dictó auto de fecha tres de julio de dos mil quince, que contiene los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Que en esta Sección bajo el nº 000010/2015, se sigue Sumario nº 000035/2014 procedente de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera.- SEGUNDO.- En fecha 14/05/2015, por el Secretario Judicial se practicó liquidación de la medida de internamiento impuesta a Ruperto, habiéndose dado traslado al Ministerio Fiscal para informe, así como a la defensa y a la acusación particular para alegaciones sobre su aprobación.- TERCERO.- El Ministerio Fiscal mostró su oposición al abono, para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento impuesta al condenado Ruperto, de la prisión provisional sufrida en la causa. La acusación particular se adhirió a esa petición. La defensa nada alegó".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Se desestima la petición formulada por el Ministerio Fiscal instando la no aplicación del abono de la prisión preventiva sufrida por el condenado Ruperto .- Se aprueba la liquidación de la medida de seguridad de internamiento impuesta a Ruperto abonándose, para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento, la prisión preventiva sufrida en la causa".

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por 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.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal alegó los motivos siguientes: ÚNICO.- Por infracción de ley, al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 58 y 99, ambos del Código Penal, y correlativa indebida inaplicación de los artículos 3.2, 6.1 y 2, 97, 98.1 y 99, en relación con lo previsto en el artículo 58.1, todos ellos del Código Penal.

QUINTO.- Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 16 de diciembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Declarada firme la sentencia 102/2015 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, que condena al acusado como autor de un delito consumado de agresión sexual ex artículo 179 y 180.1 y 3 del Código penal, con la concurrencia de la eximente incompleta de alteración psíquica, "a la pena de seis años de prisión, internamiento en centro psiquiátrico durante seis años y la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior de 500 metros y comunicarse con la víctima durante ocho años", acuerda el inicio del cumplimiento del internamiento en centro psiquiátrico durante seis años "que se abonará para la pena de seis años de prisión", practicándose la liquidación de la medida de internamiento por la Secretaria, abonándosele en la misma la prisión preventiva sufrida por el condenado en la causa. Dándose traslado de ello al Ministerio Fiscal, se opone a la aplicación del abono de la medida cautelar, dictándose por la Sala el auto que se recurre en casación de 03/07/2015, que desestima la petición del Fiscal, aprobando "la liquidación de la medida de seguridad de internamiento en los términos que consta en la liquidación practicada, esto es, abonando la prisión preventiva sufrida por el condenado".

El Ministerio Fiscal recurre en casación formalizando un único motivo por infracción de ley ex artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la aplicación indebida de los artículos 58 y 99 en relación con la inaplicación de los artículos 3.2, 6.1 y 2, 97 y 98.1, todos ellos del Código penal.

Aduce el Ministerio Público que no es correcta la asimilación del concepto de pena o de prisión provisional "y el que se debiera a la aplicación de una medida de seguridad"; invoca el sistema dualista, o de doble vía, sosteniendo que las consecuencias jurídicas de una acción delictiva son distintas, de forma que las medidas de seguridad postdelictuales son posi-

bles en los casos en que la personalidad del sujeto revela una peligrosidad, y por ello la pena es proporcional al delito mientras que la medida de seguridad se determina según dicha peligrosidad, invocando el artículo 3.2 del Código penal que establece que no podrá ejecutarse ninguna medida de seguridad de forma distinta a la prescrita en la ley y los reglamentos que la desarrollan, lo que implica que procede el inicio del cumplimiento en un centro de internamiento psiquiátrico, y conforme al artículo 98 del Código Penal debe quedar a criterio de los facultativos el régimen del mismo, remitiendo dichos profesionales informes al juez de vigilancia, quien formulará las propuestas de mantenimiento o modificación del mismo; igualmente añade que la Sala provincial ha olvidado que el acortamiento de la duración de la medida, por indebida aplicación del artículo 58 del Código penal, "puede frustrar el adecuado tratamiento, y por ello la consecuencia de los objetivos de corrección de la peligrosidad del recurrido", citando y transcribiendo parcialmente para defender su tesis las Sentencias del Tribunal Supremo 57/2014 y 81/2011.

2.1. El llamado sistema dualista vigente en nuestro Código Penal desde la reforma de 25/06/1983 se desarrolla teniendo en cuenta los siguientes datos legales del Código penal (artículo 3.2 del mismo): a) el artículo 99, inciso primero, introducido por la reforma L.O. 15/2003, en el Capítulo I del Título correspondiente a las medidas de seguridad, fija como regla general que "en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena ..."; b) en el Capítulo II del Título mencionado el artículo 104, también introducido por la misma reforma, se refiere a los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, estableciendo que "el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99"; c) a su vez, el artículo 95, volvemos al Capítulo I del Título IV, sienta que "las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias"; d) el artículo 97 establece el régimen aplicable a la modificación, conforme al procedimiento establecido en el artículo

siguiente, de la medida de seguridad impuesta en principio; e) el artículo 58, cuya infracción concreta se denuncia por el Ministerio Fiscal, según el texto introducido por la reforma de la L.O. 5/2010, proclama que "el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada ..."; y f) debemos tener presente a los efectos del artículo 104.1, el Acuerdo Plenario de la Sala Segunda de fecha 31 de marzo de 2009 en relación con la duración de las medidas de internamiento: "la duración máxima de las medidas de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate".

2.2. Aplicando el bloque normativo reseñado debemos señalar en primer lugar dos consecuencias: la primera, que no es posible fijar en la sentencia, como hace la Audiencia, un plazo determinado de vigencia de la medida de seguridad privativa de libertad pues puede ser objeto de modificación en función de las circunstancias y expectativas que vayan surgiendo durante la ejecución de la misma, teniendo en cuenta los informes y propuestas del Juez de Vigilancia Penitenciaria a la vista de los informes emitidos por los facultativos y profesionales o por las Administraciones Públicas competentes o el resultado de las demás actuaciones que se ordenen, de forma que el Tribunal lo que deberá fijar es el límite máximo de duración de la medida porque el internamiento (artículo 101.1) no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiese sido declarado responsable el sujeto, o en el supuesto de una eximente incompleta (artículo 104) no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito; y en segundo lugar, como señala la sentencia citada en el recurso Sentencia del Tribunal Supremo 57/2014, que se refiere al precedente de la 730/2008, el Juez actúa en la determinación de la medida de seguridad que proceda imponer al exento de responsabilidad completa o incompleta sin estar vinculado por la petición de las acusaciones, como sucede en el caso específico del artículo 787.5 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los casos de conformidad, donde expresamente se dice que "no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal".

La propia naturaleza de la función preventiva especial de la medida, que obliga a un periódico contraste de su necesidad en relación con dicha

función, no es compatible en principio con el previo abono de la prisión preventiva, teniendo razón el Ministerio Fiscal cuando argumenta que el acortamiento de ésta podría frustrar el adecuado tratamiento y por alcance la consecución de los objetivos de corrección de la peligrosidad del sujeto. Pero siendo ello así, lo que no puede obviarse es la limitación máxima de vigencia de la misma que no puede exceder en ningún caso de la pena prevista por el Código para el delito, como en el caso, de forma que la prisión provisional debe ser incluida y por ello abonada a la hora de establecer dicho límite máximo en todo caso en el tramo final de su aplicación, no pudiendo exceder el tiempo de duración del internamiento del de cumplimiento efectivo de la pena correspondiente al delito de que se trate, que evidentemente incluye el tiempo sufrido en prisión preventiva, dando lugar a la liquidación correspondiente. Es decir, la medida de internamiento será abonada íntegramente para el cumplimiento de la pena de prisión si ésta excediese de aquélla abonándose la medida cautelar (si el exceso fuese de la medida sobre la pena ésta se tendrá por cumplida), pero si no fuese así se abonará la prisión provisional al límite máximo de la medida que no puede exceder al de la pena en abstracto impuesta al delito descontando del mismo el tiempo pasado en prisión preventiva.

En el caso presente la pena en abstracto señalada al delito calificado es de 15 años de prisión, lo que supone que en ningún caso podrá excederse dicho límite, descontándose del mismo, si llegara el caso, el tiempo pasado sujeto a la medida cautelar.

Con la matización antedicha, el recurso del Ministerio Fiscal debe ser estimado.

SEGUNDO.- Ex artículo 901 Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley dirigido por el MINISTERIO FISCAL frente al Auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, en fecha 03/07/2015, en la ejecutoria 10/2015, declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

En la ejecutoria nº 10/2015 relacionada con el Sumario, procedente del Juzgado de Instrucción número 4 de Sueca, el MINISTERIO FISCAL, presentó escrito interponiendo recurso de casación contra el auto dictado en fecha 03/07/2015; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la presidencia del primero y ponencia del Excmo. Sr. D. Juan, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, y los del auto recurrido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de nuestra primera sentencia, especialmente el apartado 2.2. de su fundamento de derecho primero.

III. FALLO

Debemos declarar que el abono de la prisión preventiva en la liquidación de la medida de seguridad de internamiento debe ser excluido sin perjuicio de que del máximo legal de la misma debe descontarse en su caso

dicha medida cautelar, en los términos señalados en la fundamentación precedente.

5.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 631/2016, DE FECHA 22-02-2016

Se estima recurso. Es necesario acreditar la necesidad del internamiento, según lo previsto en el artículo 101 del Código penal.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Procurador Sr. Caloto en nombre y representación del condenado Doroteo contra Sentencia de fecha veintitrés de abril de dos mil quince, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de El Prat de Llobregat tramitó Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado contra Doroteo, por un delito contra la salud pública, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Segunda (Rollo de P.A. núm. 31/2015) dictó Sentencia en fecha 23 de abril de 2015 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Único.- El día 21 de julio de 2014, sobre las 17,50, agentes de la Guardia Civil de servicio en la T-1 del Aeropuerto de El Prat de Llobregat interceptaron a Don Doroteo, –mayor de edad y sin antecedentes penales–, quien acababa de llegar procedente de Sao Paulo, y al solicitársele autorización para la práctica de un reconocimiento radiológico, ante las

sospechas que su conducta había suscitado en los agentes, procedió voluntariamente a entregar cinco envoltorios cilíndricos envueltos en papel higiénico que llevaba oculados en la zona inguinal por debajo de la ropa interior, resultando que, además, y en el interior de su organismo portaba otros 48 envoltorios de las mismas características, conteniendo todos ellos un total de 414 gramos netos de la sustancia estupefaciente "cocaína", con una riqueza en sustancia base del 79%, siendo la cantidad final de "cocaína" base de 327 gramos, sustancia que el acusado iba a destinar a su posterior transmisión mediante precio a terceras personas, siendo su valor en el ilegal mercado de tales sustancias de 31.511,50 euros.

Don Doroteo padece un retraso mental leve, con antecedentes psiquiátricos de inestabilidad emocional, intolerancia a la frustración, importantes fluctuaciones distímicas y rigidez comportamental, presentando además en el momento de los hechos una renuncia a su tratamiento farmacológico y consumo esporádicos de las sustancias estupefacientes "cocaína" y "cannabis". Dichos trastornos, unidos al consumo de drogas, determinaron que sus capacidades intelectivas, volitivas y de autocontrol se hallasen severamente afectadas en el momento de los hechos.

Don Doroteo se encuentra privado de libertad por la presente causa desde el 21 de julio de 2014".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Don Doroteo en concepto de autor de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y TREINTA MIL EUROS DE MULTA, sustituida, caso de impago, por un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 333,33 euros, o fracción, dejados de abonar, y al pago de las costas procesales.

Asimismo debía aplicar y aplicaba a Don Doroteo la medida de seguridad de internamiento en centro adecuado a la anomalía o alteración psíquica que padece, por tiempo que no podrá exceder del de la pena privativa de

libertad al mismo impuesta y cuyo cumplimiento precederá al de la pena en la forma y las consecuencias legales establecidas.

Se le abona al acusado Don Doroteo para el cumplimiento de las penas impuestas el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa.

Se decreta el decomiso de la sustancia estupefaciente intervenida en la presente causa, a la que, una vez firme la presente sentencia, se dará el destino legalmente prevenido".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Doroteo que se tuvo por 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.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente, formalizó el recurso, alegando el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo Único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando como preceptos infringidos el artículo 24.1 de la Constitución Española, los artículos 787.1 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 101 del Código penal, en este caso por indebida aplicación.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal apoya el motivo interpuesto por el recurrente de conformidad con lo manifestado en su escrito de fecha 14 de octubre de 2015; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 9 de febrero de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se recurre fue dictada por conformidad con la calificación jurídica del Ministerio Fiscal que consideró que los hechos enjuiciados constituían un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y a sí mismo que en el acusado concurría una eximente incompleta de anomalía psíquica, solicitando se le impusiera la pena de 2 años de prisión y multa de 30.000 €.

El Tribunal dictó sentencia pero tras la fundamentación adicionada en el fundamento jurídico único en base a la probabilidad de perpetración de nuevos delitos por el acusado acordó imponerle una medida de seguridad de internamiento en establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración que padece por tiempo que no podrá exceder del de la pena privativa de libertad al mismo impuesta y cuyo cumplimiento precederá al de la pena en la forma y las consecuencias legales establecidas.

Así argumentó: Atendiendo al hecho de habersele apreciado a Don Benigno la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, del artículo 21 núm. 1º del Código Penal en relación con el artículo 20 núm. 1º del mismo cuerpo legal, así como a que según las propias manifestaciones del acusado y según parece colegirse de los informes acompañados por la defensa en el acto del juicio, aparece como lógica y probable la perpetración por el mismo de nuevos delitos, procede aplicar al mismo la medida de seguridad de internamiento en establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración que padece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal en relación con los artículos 96 aps. 1 y 2 y 101 del mismo cuerpo legal.

Contra dicha resolución, en cuanto adiciona la medida de internamiento que no fue objeto de conformidad, consiguientemente no solicitada por la acusación, interpuso recurso de casación la representación procesal del condenado, formulando un único motivo, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 24.1 de la Constitución Española, los artículos 787.1 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e indebida aplicación del artículo 101 del Código penal; motivo que es apoyado por el Ministerio Fiscal.

Alega indefensión en cuanto que no concreta el tiempo de duración de la medida; quebranto de la normativa que regula la sentencia de conformidad, por cuanto la medida de seguridad no estaba comprendida en las consecuencias delito que fueron conformadas; e infracción del artículo 101.1 del Código penal por cuanto dicha norma solo prevé la imposición de medidas de seguridad cuando fueren necesarias, cuestión no razonada en la resolución recurrida y solamente las prevé para el caso de exención penal, no como en autos, cuando se estima una eximente incompleta.

SEGUNDO.- Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 188/2015, de 9 de abril, con cita de las 483/2013, de 12 de junio y 752/2014,

de 11 de noviembre: la doctrina de esta Sala mantiene una regla general negativa respecto de la posibilidad de combatir sentencias de conformidad a través del recurso de casación, que se sustenta en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación garantizada y avalada por su Letrado defensor comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han pactado libremente y sin oposición.

Las razones de fondo que subyacen en esta tesis, pueden concretarse en tres:

a) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario.

b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla "pacta sunt servanda", que quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.

c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Esta regla general está condicionada por una doble exigencia:

a) que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad.

b) que se hayan respetado en el fallo los términos del acuerdo entre las partes.

Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad (Sentencia del Tribunal Supremo 211/2012, de 21 de marzo), cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley en razón de la pena, cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la «doble garantía» o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad (sentencia 23 de oc-

tubre de 1975), o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 754/2009, de 13 de julio).

Dentro del segundo apartado se justificaría un recurso de casación, por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito más grave que el que ha sido objeto de conformidad o impuesto una pena superior a la conformada, o, desde la perspectiva de la acusación, cuando se ha dictado sentencia absolutoria sin respetar la conformidad del acusado con la acusación formulada (Sentencia del Tribunal Supremo 355/2013, de 29 de enero).

El propio artículo 783 7º Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que: "Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada".

TERCERO.- No obstante tal posibilidad, en autos, debemos anticipar ya que la previsibilidad de medidas de internamiento, en el caso de la estimación de eximente incompleta en relación con tres primeros números del artículo 20 del Código penal, resulta prevista en el artículo 104.1 del Código penal, que se remite entre otros al artículo 101: En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2.º y 3.º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

Tampoco, la inconcreción del tiempo de internamiento integra indefensión alguna, en cuanto se fija en sentencia su duración máxima coincidente con el de la pena privativa de libertad, resulta de aplicación preferente y sirve de abono para el cumplimiento de la pena (artículo 99) y además, de conformidad con los principios generales que la fundamentan no puede exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor; de forma que correlativamente, el artículo 97 del Código penal establece la posibilidad de que durante la ejecución de la sentencia el juez o tribunal

sentenciador pueda cesar, suspender o sustituir la medida que se estuviere cumpliendo.

CUARTO.- En cuanto a la infracción del artículo 787 Ley de Enjuiciamiento Criminal, hemos de precisar que de conformidad con su apartado cinco no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

Es decir, aunque fueren solicitadas por la acusación y conformadas por Letrado y acusado, no vinculan al Tribunal, que puede prescindir de su imposición o acordar otra medida de diverso signo y duración.

Mayor problema estriba en la imposición de una medida más gravosa que la solicitada o imponer una medida cuando no ha sido solicitada; pero esta cuestión no es estrictamente atinente a la normativa sobre conformidad, siendo cuestión común a las sentencias donde no media conformidad y a las de conformidad.

Esta Sala, en ocasiones, ha afirmado que aún sin solicitud de la parte acusadora, concurriendo los requisitos o circunstancias establecidas en el artículo 95 del Código penal, la medida de seguridad debe aplicarse por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos, en el Capítulo Segundo, Título IV, del Libro Primero del Código Penal, y precisamente el artículo 104.1 determina que en los supuestos de eximente incompleta, en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103 (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 603/2009, de 11 de junio).

La Sentencia del Tribunal Supremo 730/2008 de 22 de octubre, igualmente señala "que concurriendo la situación de peligrosidad –circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos–, la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquélla, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos".

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2010, de 29 de noviembre, en supuesto donde tras condena en Sentencia de la Audiencia Provincial, como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, en concurso con un delito de incendio, con la concurrencia de la eximente incompleta de esquizofrenia paranoide y la agravante de parentesco, que impone la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo con observancia del artículo 99 del Código penal, se recurren por el condenado en casación que resulta estimado, apreciando la Sala Segunda la eximente completa por incapacidad de culpabilidad del artículo 20.1 del Código penal, absolviéndole libremente de los delitos de los que había sido acusado, con aplicación de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 del Código penal por tiempo de veinte años, sin que pueda ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento; en el aspecto ahora analizado indica: "La determinación de ese límite máximo de cumplimiento no puede quedar sometida, como pretende el demandante, a la duración de la medida de internamiento fijada en la Sentencia de instancia al no haber sido recurrida dicha Sentencia por las acusaciones, ya que con ello se pretende extender la aplicación del principio acusatorio a un supuesto de pronunciamiento absolutorio en el que el Tribunal sentenciador en modo alguno ha comprometido su imparcialidad, al no haber asumido funciones acusatorias y sí de prevención respecto la conducta futura del demandante absuelto, consecuencia jurídica congruente con lo solicitado por el demandante en el recurso de casación interpuesto, lo que excluye la vulneración denunciada".

No obstante, hemos de precisar con la referida Sentencia del Tribunal Supremo 730/2008, que "cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción"; y en autos no ha mediado trámite donde el recurrente asistido de Letrado, haya podido alegar lo que estimara conveniente sobre la necesidad de la medida.

Nítidamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1666/2000, de 27 de octubre, se concluye que ha de prosperar el recurso interpuesto, por vulneración del principio acusatorio y de contradicción de un proceso con todas las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse impuesto al condenado, como medida de seguridad, internamiento en centro de deshabituación por un periodo máximo de siete años

sin haberse debatido en el plenario, ni solicitado en sus conclusiones por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora. Criterio ya anticipado en las Sentencias del Tribunal Supremo 1645/99 de 22 de noviembre, 509/2000 de 27 de marzo.

En autos, no ha mediado este trámite contradictorio, aunque en la fundamentación de la sentencia se alude a las propias manifestaciones del acusado, sucede sin embargo que cuando tras la simple manifestación de conformidad se declaró visto para sentencia. En la grabación de la vista, que no finaliza en ese momento existe una petición del acusado de ser incluido en un concreto programa, pero nada se indica de si se trata de recibir tratamiento ambulatorio o cual fuere el contenido de esa inclusión; sin que al Letrado defensor ni al Ministerio Fiscal, se les escuchara propiamente sobre este extremo.

Y sucede que la medida de seguridad impuesta es privativa de libertad, que aunque ciertamente sirve para el cumplimiento de la pena impuesta y no puede exceder de ésta, cercena otras posibilidades como la aplicación de alguna de las modalidades previstas de "suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige en su sentencia de 13 de febrero de 2015, caso de Lazaruis c. Rumanía (& 116), que aunque el internamiento persiga una finalidad terapéutica, cuando se acuerda en un contexto penal, debe seguirse el procedimiento establecido en este ámbito; entre nosotros, la práctica de pericial médica que acredite su necesidad tras un debate contradictorio.

QUINTO.- Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1988, de 8 de junio, indica que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1981, de 18 de mayo (fundamento jurídico 10), el internamiento judicial en un establecimiento psiquiátrico, dispuesto en Sentencia penal en los casos y forma determinados en el artículo 8.1 del Código Penal, no es, en principio, contrario al derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución; ...que, salvo en caso de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el artículo 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son:

a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real;

b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento;
y

c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. Doctrina que ha sido reiterada posteriormente en Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti), en relación con supuestos –como el que ahora nos ocupa– de condenas judiciales que determinan la reclusión de delincuentes enajenados en hospitales psiquiátricos.

Esas condiciones, afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2010, garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada; por lo que resulta obligado el cese del internamiento cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad, juicio que corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento.

En autos resulta relevante, la falta de acreditación de la necesidad de la medida de internamiento, exigencia no solo jurisprudencial sino también expresamente prevista en el artículo 101 al que remite el artículo 104 del Código penal; la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, podrá aplicarse si fuere necesaria.

La misma sentencia, carece de afirmación categórica sobre esta necesidad, cuando expresa según parece colegirse de los informes; dictámenes por otra parte, que no han sido objeto de informe ni debate contradictorio. En todo caso la estricta invocación de su existencia y de una informal

manifestación del condenado, no permiten conocer si la inferencia resulta adecuada y proporcionada o por contra no era necesaria en absoluto.

SEXTO.- Consecuentemente el recurso formulado por el acusado y apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, pues se adopta la medida de seguridad referida sin haberse debatido, ni solicitado en sus conclusiones por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, de manera sorpresiva, tras haber conformado hechos, calificación, circunstancias y pena; y además del texto de la sentencia no resulta acreditada su necesidad, por tanto con infracción del artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 101 del Código penal; lo que conlleva que la lesión causada al acusado, sea reparada dejando sin efecto la medida de seguridad impuesta.

III. FALLO

DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Doro-teo contra Sentencia de fecha 23 de abril de 2015, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por delito contra la salud pública y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida sentencia, con declaración de oficio de las costas causadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintidós de febrero de dos mil dieciséis.

En la causa seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona por delito contra la salud pública se dictó Sentencia de fecha 23 de abril de 2015, que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andrés.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia casacional, la medida de seguridad acordada se ha impuesto sin haberse debatido, ni solicitado en sus conclusiones por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, de manera sorpresiva, tras haber conformado hechos, calificación, circunstancias y pena; y además del texto de la sentencia no resulta acreditada su necesidad; por lo que debe ser dejada sin efecto.

III. FALLO

Dejamos sin efecto la medida de seguridad impuesta al condenado Doro-teo, de internamiento en centro adecuado a la anomalía o alteración psíquica que padece.

Y mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos dispositivos de la resolución de instancia, incluido pena de prisión, abono, pena accesoria, multa, responsabilidad subsidiaria, decomiso y costas.

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 728/2016, DE FECHA 30-09-2016

Requisitos y tratamiento de medida de seguridad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de septiembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala a visto el recurso de casación 672/2016 interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 13/2016 dictada el 17 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en el Rollo n.º 7124/2014, y auto de aclaración de la misma dictado el 7 de marzo de 2016, en el que se absolvió a Berta delito de asesinato en grado de tentativa –artículo 139.1 del Código penal en relación con los artículos 16 y 62 del Código penal– del que venía acusada por concurrencia de la circunstancia eximente completa de anomalía o alteración psíquica, y se impuso a la Sra. Berta como medidas la custodia familiar durante y la libertad vigilada por tiempo de cinco años, con sumisión a tratamiento médico bajo control para su padecimiento, prohibición de comunicación por cualquier medio y de acercamiento a Frida, a su domicilio, lugar de trabajo o sitio donde se encuentre, a una distancia inferior a 500 metros, obligación de comunicación de los cambios de domicilio, y se condena a la Sra. Berta al pago de la suma de 66.175,92 euros en concepto de responsabilidad civil.

Como recurrida ha comparecido Berta, representada por el Procurador D. Luciano bajo la dirección letrada de D. Fernando.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Sevilla incoó el Sumario 2014 (antes Diligencias Previas 2014) por delito de asesinato en grado de tentativa, contra Berta, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla. Incoado por esa Sección el Rollo, con fecha 17 de febrero de 2016 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Sobre las 13'30 horas del día 7/05/2015, la acusada, D.^a Berta, vio en el portal del domicilio de sus padres, sito en el n.º NÚM000 de al CALLE de Sevilla, a la funcionaria de correos, D.^a Frida que hablaba con el portero del edificio D. Gaspar.

Tras observar que la Sra. Frida se iba hacia a la zona de los ascensores, y aprovechando que ésta se encontraba en penumbra, la siguió, se aproximó a la misma por la espalda, y con un cúter que llevaba en el bolso, de forma sorpresiva y sabiendo que con su acción podía causarle la muerte, asestó a D.^a Frida un corte en la parte derecha del cuello en dirección ascendente.

Inmediatamente, D.^a Berta subió hasta el domicilio de sus padres, sito en el citado bloque, en el que cogió una cerveza del frigorífico, y se sentó a comer con su familia.

En el citado piso sería detenida poco después por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía sin que se consiguiera encontrar el cúter empleado en la agresión.

Como consecuencia de estos hechos, la Sra. Frida sufrió lesiones consistentes en herida transversal incisa de entre 9 y 12 cm de longitud aproximadamente en región media del hemicuello derecho, con afectación de tejido subcutáneo, que no interesó capa muscular ni grandes vasos, solo venas colaterales secundarias de la vena yugular externa derecha.

Estas lesiones precisaron para sanar de tratamiento médico y quirúrgico consistentes en exploración quirúrgica, hemostasia, lavado antiséptico y cierre primario de la herida; tratamiento médico hospitalario, reposo relativo y curas locales periódicas.

Las lesiones físicas tardaron en curar 20 días, que fueron improductivos para sus ocupaciones habituales, de los cuales dos fueron de ingreso hospitalario, quedándole una cicatriz queloidea de una extensión de entre 9 y 12 centímetros en cara anterolateral de cuello.

Asimismo, a consecuencia de la agresión, la Sra. Frida resultó con un síndrome de estrés postraumático que ha tenido repercusión a nivel laboral (le fue reconocida la incapacidad permanente total el día 16/11/2015) e incidido en su esfera personal y familiar al modificar sus comportamientos, habilidades y recursos psicológicos.

D. Encarna se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio, y que ha cursado con bro-

tes psicóticos en tres ocasiones anteriores que han provocado internamientos involuntarios, estando a la fecha de los hechos sin medicar.

El acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante en virtud de la cual sintió que la Sra. Frida se burlaba de ella mientras conversaba con el portero, escarnio continuo al que se sentía sometida por todos sus vecinos en aquella etapa, ideación ésta que no era rebatible a argumento lógico, careciendo de capacidad de control de sus actos, como carecía en aquellos momento de conciencia de enfermedad.

La procesada estuvo privada de libertad por esta causa desde el mismo día 7/05/2014 hasta el 22/01/2016».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Absolvemos a D. Encarna delito de asesinato del que venía acusada por concurrencia de la circunstancia eximente completa de anomalía o alteración psíquica declarando de oficio las costas procesales.

Imponemos a la Sra. Berta como medidas la custodia familiar durante y la libertad vigilada por un tiempo de cinco años debiendo esta última implicar:

- la sumisión a tratamiento médico bajo control, –para su padecimiento de lo que deberá darse conocimiento– al menos trimestral;

- la prohibición de comunicación por cualquier medio y de acercamiento a D.^a Frida, a su domicilio, lugar de trabajo o sitio donde se encuentra a una distancia inferior a 500 metros:

- la obligación de comunicación de los cambios de domicilio.

Se condena a D.^a Encarna al pago en concepto de responsabilidad civil de la suma de 66.175,92 €, cantidad que devengará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, que puede prepararse ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación.

Notifíquese a las partes, a la acusada personalmente».

TERCERO.- El auto de 7 de marzo de 2015, dictado en aclaración de la sentencia n.º 13/2016 de 14 de febrero de 2015 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, acuerda:

«Aclarar el fundamento de derecho octavo de dicha resolución que pasará a tener la siguientes redacción:

"Octavo.- De conformidad con los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 123, 124 del Código penal a contrario sensu, se declaran de oficio las costas causadas"».

CUARTO.- Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado, remitiéndose a esa Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal en escrito de 19 de abril de 2016, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo único: Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de los artículos 96.2.1º (medida de internamiento en Centro Psiquiátrico) en relación con los artículos 6.1, 95 y 101.1 todos los preceptos del Código Penal. Artículo 96.3.3ª (medida de libertad vigilada) y 96.3.4ª (medida de custodia familiar), en relación con los artículos 6.1 y 95, todos los preceptos del Código Penal.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Procurador D. Luciano, en la representación de la recurrida Berta, en escrito de 11 de mayo de 2016 interesó la inadmisión de dicho recurso y de ser admitido su desestimación y, subsidiariamente, impugnó de fondo los motivos del mismo. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de septiembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia que se impugna declara probado que el día 7 de mayo de 2015, encontrándose la acusada Berta en el portal del inmueble en

el que su ubica la residencia de sus padres, vio conversar distendidamente a la funcionaria de correos Frida, con el portero de la finca. Interpretando que se estaban burlando de ella, cuando la funcionaria se dirigió a la zona de ascensores, la acusada se le acercó por detrás y –tras sacar un cúter que llevaba en su bolso– le realizó un corte en la parte derecha del cuello que afectó el tejido subcutáneo, sin interesar capa muscular ni grandes vasos, pero sí venas colaterales secundarias de la vena yugular externa derecha. Para la curación de estas lesiones, la agredida precisó de tratamiento médico con ingreso hospitalario, habiendo estar impedida para la realización de sus actividades habituales durante 20 días.

No obstante ello, la sentencia absolvió a la acusada delito de asesinato intentado que se declaraba perpetrado, por apreciar el Tribunal que concurría en la acusada la eximente completa de anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1 del Código Penal, al declararse probado que Berta se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio y que ha cursado con brotes psicóticos en tres ocasiones anteriores que han provocado internamientos involuntarios, estando a la fecha de los hechos sin medicar, de suerte que el acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante, careciendo además de capacidad de control de sus actos.

Por todo ello, el pronunciamiento definitivo absuelve a Berta (Encarna) delito de asesinato del que venía acusada, imponiéndosele las medidas de seguridad de sometimiento a custodia familiar y de libertad vigilada por tiempo de cinco años, debiendo integrarse la libertad vigilada por: a) La sumisión a tratamiento médico, con control al menos trimestral; b) La prohibición de comunicación por cualquier medio y de acercamiento a Frida, así como a su domicilio, lugar de trabajo o sitio donde se encuentre, a una distancia inferior a 500 metros y c) La obligación de comunicación de los cambios de domicilio.

Frente a este pronunciamiento se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que se articula por el solo motivo de infracción de ley del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, sosteniendo la indebida inaplicación del artículo 96.2.1º del Código penal, en relación con los artículos 6.1, 95 y 101.1 del mismo texto punitivo.

Considera el Ministerio Público que las medidas de seguridad de custodia familiar y de libertad vigilada de la enjuiciada, con tratamiento y

control médico externo, se muestran insuficientes en orden a garantizar una protección colectiva. Sostiene el recurso que la gravedad de los hechos enjuiciados, puesta en relación con las reiteradas crisis psicóticas por las que ha atravesado la autora de los hechos que son objeto de proceso, así como los incidentes que ha protagonizado en cada uno de estos brotes (todos ellos favorecidos por el abandono voluntario de las pautas farmacológicas de su tratamiento), muestran que debe garantizarse de manera ineludible la estricta observancia de la indicación médica para poder conjurar los riesgos inherentes a una eventual reiteración del brote psicótico y que la observancia de ese tratamiento sólo puede garantizarse mediante la imposición de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico.

Frente al recurso, la detallada impugnación de la encausada no sólo sostiene que las medidas de seguridad impuestas por el Tribunal de instancia no están sometidas a censura casacional, sino que la medida de internamiento debería mostrarse necesaria en atención a las circunstancias del caso, lo que entiende que no resulta apreciable en el caso enjuiciado, considerando: 1) Que la enfermedad de la encausada no es sino una incidencia más en el ejercicio regular y positivo de su propia vida, la cual viene marcada por el directo y adecuado desempeño de obligaciones materno-filiales y de las obligaciones derivadas de su actividad laboral médico-forense; 2) Que la propia sentencia de instancia razona la ausencia de riesgo, a la vista de que la prescripción farmacológica se administra hoy con periodicidad mensual mediante inyectables de acción prolongada y empírica eficacia; 3) Que el sometimiento a tratamiento médico externo, viene acompañado de la medida de vigilancia familiar, que asegura la correcta observancia del tratamiento; 4) Que el criterio médico dictamina la conveniencia de que la actuación medicamentosa se refuerce con psicoterapia, la que no podría proporcionarse en la eventualidad de adoptarse la medida de internamiento interesada por el Ministerio Público y 5) Que las medidas de seguridad adoptadas por el Tribunal de instancia garantizan, en su conjunto, un adecuado equilibrio entre los valores de seguridad colectiva y su finalidad terapéutica.

Como ya se ha destacado en reiteradas resoluciones de esta Sala, la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, pues no sólo contemplan la imposición de una pena en supuestos de perpetración de una infracción penal, sino que prevén la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales

cuando el sujeto activo del delito presenta determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad de reiteración y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales (Sentencias del Tribunal Supremo 345/2007, de 24-4, 1019/2010, de 2-11 o 124/2012, de 6-3). Unas medidas de seguridad que "se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito" (artículo 6.1 del Código Penal), pero con sujeción en todo caso, al principio de legalidad, en la medida en que el artículo 1.2 del texto punitivo dispone que "las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley".

La jurisprudencia de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 603/2009, de 11 de junio, entre otras) ha destacado también que el respeto de la previsión legal impone la concurrencia de tres exigencias ineludibles para la imposición de una medida de seguridad, más concretamente: A) La comisión de un hecho previsto como delito (artículo 95.1 Código Penal); B) La condición de inimputable (artículos 101.1, 102.1, 103.1 y 105 Párrafo 1) o semi-imputable (artículo 99 y 104) de su autor y C) La acreditación de una probabilidad de comisión de nuevos delitos por el mismo, es decir, la apreciación de una objetiva peligrosidad delictiva del autor, que –como se destaca en la Sentencia del Tribunal Supremo 482/2010, de 4 de mayo– resulta oportuno evaluar desde un doble juicio: i) el diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado (artículo 6.1 del Código Penal), pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido y ii) el pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el artículo 95.1.2º del Código Penal.

No obstante, para la concreta imposición de la medida de seguridad de internamiento, por su naturaleza privativa de libertad, viene a añadirse la exigencia de que el delito cometido tenga asignada una pena privativa de libertad (artículos 6.2, 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1) y que se justifique tal privación. Una justificación que exige el mayor compromiso valorativo del juez, considerando la constante doctrina constitucional que impone un deber reforzado de motivación en todos aquellos supuestos en los que el pronunciamiento judicial afecte a derechos fundamentales (Sentencias del

Tribunal Constitucional 86/1995, 128/1995, 62/1996, 170/1996, 175/1997 ó 200/1997 entre muchas otras) o cuando la resolución atañe "de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico" (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997, con cita Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1997).

Debe destacarse también que esta valoración ha de realizarse desde la ponderación de los dos elementos que pueden constitucionalmente legitimar la adopción de la medida de internamiento que se analiza, esto es, la existencia de una recomendación terapéutica o educativa que muestre la mejor validez del internamiento para la búsqueda de la salud, la rehabilitación o la reinserción social del delincuente por un lado y, por otro, la necesidad fundada de su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social, en atención a la propia peligrosidad del autor del delito (Sentencias del Tribunal Supremo 345/2007, de 24-4 y 124/2012, de 6-3). Ambas razones son contempladas en el texto punitivo (artículo 101.1, 102.1, 103.1 del Código penal) al facultar el internamiento de incapaces o semi-incapaces, cuando "fuera necesario", habiendo declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 24 de octubre de 1979 –caso Winterwerp–, reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 –caso X contra Reino Unido– y de 23 de febrero de 1984 –caso Luberti–) que la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1988, 129/1999, de 5-7), que se concretan en: a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y c) Dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

Es evidente que la legitimación del internamiento pasa así por la evaluación judicial de cada caso concreto, lo que entraña apreciar si concurren motivos que justifiquen la privación de libertad y si coexisten con circunstancias que muestren la conveniencia de su adopción. Y si la justificación terapéutica del internamiento descansa en la mayor parte de las ocasiones en que el internamiento facilite, en mejor medida que una atención ambulatoria, una actuación médico-asistencial que favorezcan la curación o la reinserción del enfermo o que prevenga la realización por su parte de actos autolesivos, la justificación preventivo general no sólo precisa que el padecimiento psíquico haya sido determinante en la comisión de la acción delictiva ya perpetrada (diagnóstico), sino la realidad de un pronóstico que debe conjugar, tanto la probabilidad de reiteración de crisis semejantes, como el riesgo de que confluyan de nuevo en graves ataques a bienes jurídicos de singular valor y protección. En todo caso, una justificación del internamiento así analizada, debe además venir acompañada de una ponderación de necesidad, entendida como la adecuada correspondencia entre la limitación del derecho a la libertad que va a imponerse al afectado por un lado y la potenciación que puede lograrse de los beneficios que justifican el internamiento, en confrontación con la satisfacción de estos beneficios que se obtendría dispensando un tratamiento psiquiátrico de un modo menos lesivo para los derechos individuales de enfermo.

Ciertamente, en el caso enjuiciado, no es la indicación terapéutica la que sirve de justificación para el necesario internamiento que el recurso sostiene, pues el relato fáctico de la sentencia de instancia —que ha de ser respetado en virtud del cauce casacional elegido— describe que "Encarna se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio"; lo que el Tribunal de instancia complementa con su juicio valorativo de los informes periciales (FJ 5), indicando que tales dictámenes "no permiten afirmar de forma tajante que con medicación la ideación paranoide desaparezca, que realmente no se sabe si es así, o simplemente con dicha medicación el enfermo lo que controla son sus impulsos logrando inhibir un comportamiento que en el caso de la acusada han llegado a ser violentos".

Tampoco descansa la decisión de internamiento es la necesidad de prestar protección a la acusada respecto de sus propios comportamientos. Los brotes psicóticos que sufre no conducen a conductas autolesivas, sino peligrosas para terceros; lo que el Tribunal plasma en sus hechos proba-

dos indicando que la enfermedad entraña "interpretaciones delirantes de perjuicio" y que "El acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante...". El convencimiento se alcanza desde la consideración del informe pericial de los doctores Srs. Jesús y Leovigildo, que dictaminaron que los delirios son de contenido persecutorio, referencial y de perjuicio (como sufrir envenenamiento, difamación, insultos, amenazas, violación o suplantación) y de la psiquiatra penitenciaria, que sostiene no sólo una realidad psicótica "con contenido de perjuicio por parte de los demás", sino que añade que se conduce como una "angustia por sentirse amenazada que le lleva a conductas de riesgo".

Es pues una razón preventivo general, o de protección colectiva, la que reclama –y así lo sostiene el recurso– que deba adoptarse la medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico adecuado al tratamiento de la acusada y que deba anularse la decisión del Tribunal de instancia que optó por someterla a un tratamiento ambulatorio con control trimestral y a la medida de seguridad añadida de custodia familiar.

Y la pretensión debe ser acogida por la Sala, pues por más que la opción entre las medidas de seguridad corresponda al Tribunal de instancia, la decisión ha de ajustarse a los criterios rectores de la discrecionalidad judicial a los que se ha hecho referencia, pudiendo la casación revisar el pronunciamiento, no sólo cuando se haya adoptado una medida de seguridad inadmisibles o manifiestamente arbitraria, sino además en todos aquellos casos en los que se hayan tenido en consideración factores de la individualización incorrectos.

El Tribunal de instancia justifica su posicionamiento (FJ 6), con una escueta expresión de criterio que dice: "Dado el estado de compensación en que se advertía se encontraba al momento del juicio, por estar siguiendo en la prisión de Alcalá de Guadaíra un tratamiento inyectable de acción prolongada que normaliza su comportamiento, no resulta adecuado decretar como medida el internamiento". De este modo, centrándose el Tribunal en el análisis del beneficio preventivo general de la medida, excluye la conveniencia del internamiento por apreciar que el actual tratamiento médico ha normalizado el proceder de la acusada. Sin embargo, el argumento no acoge una correcta evaluación de pronóstico. El propio razonamiento de la Sala de instancia recoge que el éxito presente de la medicación descansa en dos variables que –contrariamente a lo que luego decide– sólo confluyen si se adopta la medida de seguridad que el Ministerio Fiscal reclama: 1) Su-

ministrar fármacos eficaces para largos periodos de tiempo (un mes según consta en otros extremos de la sentencia), lo que se logra mediante inyecciones de acción prolongada y 2) Que la administración del tratamiento (y la supervisión de que persista su suficiencia, debería añadirse) está garantizada por estar la acusada interna en la prisión de Alcalá de Guadaíra; algo de singular trascendencia a la vista de que el Tribunal de instancia (FJ 3) constata que la acusada –cuando gozaba de una plena libertad individual– ha pasado por periodos en los que carecía de conciencia de enfermedad; no ha respetado la pauta de medicación prescrita en algunos periodos de su enfermedad o ha precisado que se le variara su tratamiento farmacológico y dosis en diversas ocasiones.

Así pues, la justificación del internamiento en centro adecuado para el tratamiento psiquiátrico de la acusada, como mecanismo que compatibilice sus intereses sanitarios y la seguridad colectiva, no sólo descansa en este caso en la constatación –ya expuesta– de que la acusada perpetró un grave ataque contra la vida de una persona por una ideación delirante y de perjuicio y que es susceptible de reproducirse por no tener cura su padecimiento psiquiátrico, sino porque confluye con un marcado pronóstico de poder reiterarse de manera igualmente violenta. Su historial médico muestra plurales episodios de descompensación psicótica en los últimos años, todo ellos acompañados de una falsa ideación de perjuicio, que desembocan en una reacción agresiva que la acusada vive con gran frialdad, según el dictamen pericial de la psiquiatra penitenciaria y que el Tribunal de instancia refleja en el propio relato fáctico con expresiones de "reacción incontrolada e incontrolable" o "careciendo de capacidad de control de sus actos".

Y en referencia a la necesidad de la medida, debe observarse que si bien la medicación actual ha normalizado su comportamiento, existen tres elementos que pueden revertir la situación y conducir a una descompensación de riesgo: 1) La inobservancia del tratamiento; 2) Una eventual insuficiencia sobrevenida de la pauta farmacológica actualmente prescrita, que en el caso enjuiciado se representa objetivamente factible a la vista de los plurales cambios de medicación y dosis introducidos en el tratamiento de la acusada y reflejados en el historial médico que la sentencia destaca en su tercer fundamento jurídico y 3) La influencia como desencadenantes de descompensaciones psicóticas que pueden tener otros factores externos, aún a pesar de una suficiencia farmacológica previa, como es el caso de las situaciones de estrés a las que hace referencia el informe pericial psiquiá-

trico-penitenciario. Todos estos elementos de descompensación probable, evidencian que el internamiento es el único instrumento que permitirá la detección, el tratamiento y la superación de futuros nuevos brotes psicóticos que pudieran llegar a producirse, sin riesgo colectivo alguno; sin que el tratamiento periódico-ambulatorio externo y la custodia familiar, alcancen a conjurar el riesgo de descompensación incontrolada y de la reiteración delictiva que puede acompañarle, pues no sólo no definen quién y cómo se garantiza que la medicación se administre con la periodicidad indicada, ni como se solventarán las eventuales descompensaciones que pudieran sobrevenir entre los momentos en los que la medicación haya de ser suministrada o entre las visitas psiquiátricas (caso de que la medicación se administre por simples prácticos), sino que las deficiencias no pueden compensarse con la fijación de la medida de seguridad de custodia familiar, pues no se ha evaluado si hay alguien en condición y voluntad de desempeñarla, no se prevé tampoco cómo habría de ejercerse y, fundamentalmente, se ha constatado su ineficacia, considerando para ello que la estructura familiar de soporte ha resultado inoperante ante los abandonos voluntarios de la medicación por la acusada y que su padre declaró –y la sentencia de instancia lo recoge expresamente en su fundamento jurídico quinto–, que no notó nada anormal en su hija, cuando subió al piso inmediatamente después de ejecutar su ataque.

El motivo debe ser estimado, en los estrictos términos interesados por el Ministerio Público en el recurso de casación formulado y sin perjuicio de la eventual revisión de la decisión conforme con los artículos 97 y 98 del Código Penal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada el 17 de febrero de 2016 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el procedimiento ordinario 3/2014 de los del Juzgado de Instrucción nº 4 de esa misma ciudad (Rollo de Sala 7124/14). Consecuentemente declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento, dejando sin efecto la medida de libertad vigilada con sumisión a tratamiento médico bajo control trimestral, así como la medida de seguridad de custodia familiar, que se fijaban en dicha resolución por un periodo de cinco años, manteniéndose

el resto de pronunciamientos que en dicha resolución se contienen, con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil dieciséis.

En la causa Rollo de Sal, seguida por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante del Sumario, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Sevilla, por un delito de asesinato, contra Berta, nacida en Sevilla, hija de José Miguel y de Leocadia, se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 17 de febrero de 2016, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia pronunciada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo dispuesto en el fundamento jurídico único de la sentencia rescindente, donde se estimó el motivo de infracción

de ley formulado en su recurso de casación por el Ministerio Fiscal y la procedencia de aplicar a la encausada –absuelta de un delito de asesinato intentado por concurrir en ella la eximente completa de anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1 del Código Penal–, la medida de internamiento en centro psiquiátrico adecuado para su tratamiento y por tiempo máximo de hasta siete años.

III. FALLO

Que debemos imponer a Berta la medida de internamiento en centro psiquiátrico adecuado para su tratamiento y por tiempo máximo de hasta siete años. Todo ello manteniéndose las prohibiciones de acercamiento y comunicación establecidas en la sentencia de instancia, así como la obligación de comunicación de los cambios de domicilio, de contenido esencial si se produjera una eventual revisión de la medida de internamiento.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 705/2017, DE FECHA 25-10-2017

La duración máxima de las medidas de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito que se trate.

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10181/2017, interpuesto por D. Epifanio representado por la procuradora D.^a M.^a Isabel bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, de fecha 25 de enero de 2017. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Marcial representado por la Procuradora D.^a M.^a Aurora bajo la dirección letrada de D. Juan.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Barcelona instruyó sumario, por delitos de quebrantamiento de medida cautelar y asesinato contra Epifanio, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Novena dictó en el Rollo sentencia en fecha 25 de enero de 2017 con los siguientes hechos probados:

«Probado y así se declara que Epifanio, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en hora no determinada de la madrugada del 7 de junio de 2015 se hallaba en el domicilio de su madre, M.a Inmaculada, de 68 años de edad y movilidad reducida, lo cual la obligaba a desplazarse en silla de ruedas. El procesado estaba en casa de su madre pese a que sobre él pesaba una prohibición de acercamiento a menos de mil metros y de comunicación con ella por cualquier medio, prohibición impuesta por auto de fecha 3 de abril de 2013 dictado por el Juzgado de instrucción nº 8 de Barcelona en el seno de unas diligencias previas allí seguidas por un delito de lesiones en el ámbito familiar, prohibición que seguía vigente y que le habla sido oportunamente notificada al procesado, con todos los apercibimientos legales, en la misma fecha del auto.

Así las cosas, el procesado, en un momento dado y con el propósito de acabar con la vida de su madre, le atacó por la espalda con un cuchillo de cocina y unas tijeras y procedió a clavarle a aquella ambos instrumentos de forma repetida en el cuello, tórax y la cabeza, llegando a infligirle un total de 76 heridas, con el consiguiente sufrimiento para la víctima de la agresión. A consecuencia de todo ello, M.^a Inmaculada sufrió la sección de vasos sanguíneos del cuello y la perforación de un pulmón, entre otras lesiones, lo cual le produjo un profuso sangrado activo, tanto externo como interno, causándole la muerte por anemia aguda.

Tras ello, el procesado bajó a la calle y sobre, las 07,40 horas del día de autos, se acercó a una dotación policial a la que manifestó que acababa de matar a su madre, entregándoles las llaves del piso de la fallecida.

El procesado padece una esquizofrenia desorganizada grave de varios años de evolución, así como un trastorno antisocial de la personalidad y un trastorno por abuso y dependencia de opiáceos y otras sustancias, Por ello, en la fecha del autos el procesado presentada una completa anulación de su capacidad de entender la realidad y de actuar conforme a ese entendimien-

to, requiriendo tratamiento farmacológico y rehabilitación en régimen de Internamiento psiquiátrico».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO

La Sala decide condenar al acusado Epifanio como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 párrafos primero y segundo del Código Penal y como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1 ° y 3 ° y 140 del Código penal, si bien se declara al mismo exento de responsabilidad penal al concurrir en ambos delitos la circunstancia eximente de alteración psíquica del artículo 20.1° del Código penal, concurriendo además la circunstancia mixta de parentesco que actúa como agravante del artículo 23 del Código Penal y la circunstancia atenuante de confesión del hecho del art 21.4° del Código Penal en relación con el delito de asesinato, imponiendo a éste la pena de veintiséis años de internamiento, por ambos delitos, para tratamiento médico en centro adecuado para el tratamiento de la anomalía que el acusado padece, y que inicialmente deberá ser centro psiquiátrico penitenciario, sin perjuicio de que la evolución del acusado permita un cambio en el tipo de centro psiquiátrico de internamiento, previos los informes oportunos.

En concepto de responsabilidad civil, Epifanio deberá indemnizar a Marcial, Justino, Camila, Lourdes y M.^a Rosa y a José Luis y Frida, en la cantidad de 15.000 euros para cada uno de ellos, por los daños Morales sufridos.

Se imponen al acusado las costas del juicio,

Se acuerda el decomiso de objetos intervenidos, un cuchillo y unas tijeras, sujeto a la condición de que no pertenezcan a un tercero de buena fe.

Abónese al cumplimiento de la pena el tiempo que Epifanio ha permanecido en situación de prisión provisional.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Epifanio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta

Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: ÚNICO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 66.1.7º del Código Penal, toda vez que, en consideración del mismo, se ha producido una inadecuada aplicación de dicho precepto penal, en lo que a la valoración de las atenuantes y agravantes se refiere, y que influye y tiene su proyección en la pena impuesta a mi mandante por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, así como por infracción del artículo 140 del Código Penal en relación con el artículo 67 del mismo cuerpo legal, en lo que se refiere a la determinación de la pena prevista para el delito de asesinato en su límite máximo.

QUINTO.- Instruidas las partes, la Procuradora Sra. Gómez en nombre y representación de Marcial presentó escrito dándose por instruida; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 11 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó, en sentencia dictada el 25 de enero de 2017, a Epifanio como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468, párrafos primero y segundo del Código Penal, y como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1º y 3º y 140 del Código penal, si bien se declara al mismo exento de responsabilidad penal al concurrir en ambos delitos la circunstancia eximente de alteración psíquica del artículo 20.1º del Código penal, concurriendo además la circunstancia mixta de parentesco que actúa como agravante del artículo 23 del Código Penal y la circunstancia atenuante de confesión del hecho del art 21.4º del Código Penal en relación con el delito de asesinato, imponiendo al acusado la pena (sic) de veintiséis años de internamiento, por ambos delitos, para

tratamiento médico en centro adecuado para la anomalía que el acusado padece, y que inicialmente deberá ser centro psiquiátrico penitenciario, sin perjuicio de que la evolución del acusado permita un cambio en el tipo de centro psiquiátrico de internamiento, previos los informes oportunos.

En concepto de responsabilidad civil, Epifanio deberá indemnizar a Marcial, Justino, Camila, Lourdes y M.^a Rosa y a José Luis y Frida, en la cantidad de 15.000 euros para cada uno de ellos, por los daños morales sufridos.

2. Los hechos objeto de condena, sintéticamente expuestos, se centraron en que Epifanio, en hora no determinada de la madrugada del 7 de junio de 2015, se hallaba en el domicilio de su madre, M.^a Inmaculada, de 68 años de edad y movilidad reducida, lo cual la obligaba a desplazarse en silla de ruedas. Y en un momento determinado, con el propósito de acabar con la vida de su madre, la atacó por la espalda con un cuchillo de cocina y unas tijeras y procedió a clavarle ambos instrumentos de forma repetida en el cuello, tórax y cabeza, llegando a infligirle un total de 76 heridas, con el consiguiente sufrimiento para la víctima de la agresión, heridas que le ocasionaron la muerte por anemia aguda.

Después de cometer los hechos bajó a la calle y manifestó a una dotación policial que acababa de matar a su madre, entregando las llaves del piso a los agentes.

El procesado padece una esquizofrenia desorganizada grave de varios años de evolución, así como un trastorno antisocial de la personalidad y un trastorno por abuso y dependencia de opiáceos y otras sustancias, presentando la noche de los hechos una completa anulación de su capacidad de entender la realidad y de actuar conforme a ese entendimiento, requiriendo tratamiento farmacológico y rehabilitación en régimen de Internamiento psiquiátrico.

Contra la referida sentencia recurrió en casación la defensa del acusado, recurso al que se opuso el Ministerio Fiscal.

ÚNICO. 1. En el motivo único del recurso denuncia la defensa, con sustento procesal en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del artículo 66.1.7º del Código Penal, toda vez que se ha producido una inadecuada aplicación de dicho precepto penal, en lo que a la valoración de las atenuantes y agravantes se refiere, y que influye y tiene

su proyección en la pena impuesta al acusado por la Audiencia Provincial, así como por infracción del artículo 140 del Código Penal en relación con el artículo 67 del mismo texto legal en lo que se refiere a la determinación de la pena prevista para el delito de asesinato en su límite máximo.

El Ministerio Fiscal, encargado del ejercicio de la acusación pública respecto de los delitos atribuidos al acusado, fijó en su escrito de acusación como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecto delito de asesinato la atenuante de confesión del artículo 21.4ª Código Penal, así como la agravante de parentesco del artículo 23 Código Penal, peticiones que en el trámite de conclusiones del plenario fueron elevadas a definitivas, con la correspondiente adhesión a las mismas por parte de la acusación particular, así como de la propia defensa del acusado.

Estas circunstancias han sido plasmadas en la sentencia recurrida, sin que su procedencia fuera cuestionada por la defensa. Sin embargo, de lo que sí discrepa es de la inadecuada aplicación del artículo 66.1.7º del Código Penal, a la hora de determinar la pena a imponer al acusado, por entender incorrectamente valorada la circunstancia atenuante de confesión, en lo que al delito de asesinato se refiere, que es precisamente el tipo delictivo en el que se aprecian la referida atenuante y la agravante de parentesco, sin entrar a cuestionar la pena delito de quebrantamiento de medida cautelar.

El artículo 66.1.7º del Código Penal establece que "Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior".

Entiende la parte recurrente que no se han valorado y compensado racionalmente la atenuante y la agravante para la individualización de la pena delito de asesinato, toda vez que, tras apreciar una atenuante de confesión y una agravante de parentesco y razonar que existe un fundamento cualificado de agravación, se aplica el límite máximo de la mitad superior de la pena señalada para este delito, dejando por tanto de facto sin efecto alguno la atenuante de confesión, ponderación que infringe el principio de proporcionalidad.

Además, aduce la defensa que en el fundamento sexto de la sentencia recurrida se argumenta, por un lado, que la aplicación de la pena en su

grado máximo fue aceptada por la defensa, al adherirse al escrito de acusación del Ministerio Fiscal en trámite de informe, lo cual tilda de incierto el recurrente, toda vez que a lo que la defensa del acusado se adhirió fue a los hechos expuestos por el Fiscal en su escrito, al haberlos reconocido el propio acusado en su declaración en sede de plenario.

En congruencia con lo anterior, subraya la parte que al emitir su informe oral interesó del tribunal que revisara la pena solicitada, considerando y estimando aplicable la pena de 20 años para el delito de asesinato, esto es, el mínimo legal establecido en el Código para este tipo delictivo, al considerar que la pena solicitada y a la que ha sido condenado el acusado era y sigue siendo excesiva en relación con las circunstancias del hecho cometido, teniendo en cuenta la existencia de la atenuante de confesión (artículo 21.4ª del Código penal), que concurre desde el inicio de la comisión de los hechos y hasta el mismo juicio oral.

La Audiencia estima que, a su juicio, la pena de 25 años de prisión es «proporcionada a los hechos cometidos por el acusado y que pretende absorber el daño causado por las heridas infligidas y que objetivamente no eran aptas para causar la muerte buscando un daño superfluo por el agresor», valoración que considera la parte recurrente vulneradora del principio de proporcionalidad que impera en nuestro sistema penal.

Y ello, según la defensa, porque la particularidad recogida en dicha argumentación relativa al «daño causado por las heridas infligidas y que objetivamente no eran aptas para causar la muerte buscando un daño superfluo por el agresor» ya es tenida en cuenta mediante la apreciación de la circunstancia cualificativa de ensañamiento del artículo 139.3º del Código penal, que, al coexistir con la alevosía del artículo 139.1º del Código penal, determina la aplicación del artículo 140 del Código penal, aumentando el marco abstracto de la pena de 15 a 20 años de prisión a una pena notablemente superior: de 20 a 25 años, incremento punitivo que ya recoge el mayor desvalor de la conducta.

En vista de lo cual, aduce el recurrente que el daño causado por las heridas a las que se refiere el órgano a quo no pueden ser tenidas en cuenta de nuevo con tal intensidad que conlleve la aplicación de la pena del artículo 140 del Código penal en su grado máximo, incurriendo, al hacerlo, en un razonamiento que no puede ser aceptado por vulnerar el principio de pro-

porcionalidad que sirve de guía a los jueces y tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Y así lo corroboraría el artículo 67 del Código Penal, al disponer que "Las reglas del artículo anterior (referidas a la determinación de la pena cuando coexisten agravantes y/o atenuantes) no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse». Pues invocar, utilizar y aplicar la circunstancia de enañamiento, ya considerada al condenar al acusado por la comisión de un delito del artículo 140 del Código penal, a su vez para la fijación de la pena dentro del marco legal supondría incurrir en un "bis in ídem" proscrito por la norma constitucional.

Señala también la defensa que un simple ejercicio de lógica nos llevaría a afirmar que una pena proporcionada y adecuada a los hechos enjuiciados se ha de situar dentro del límite mínimo del nuevo marco punitivo; esto es, de 22 años y 6 meses de prisión. No obstante, al concurrir la atenuante de confesión no puede dejarse ésta sin efecto alguno a la hora de fijarse la pena, infringiéndose en caso contrario lo dispuesto en el artículo 66.1.7º del Código penal, que obliga a que opere en alguna medida el reconocimiento de los hechos que hizo el acusado nada más perpetrarlos (artículo 21.4ª del Código Penal).

La parte cita las sentencias 1026/2013, de 2 de diciembre, y 593/2016, de 6 de julio, y acaba solicitando que la pena debe aplicarse dentro del marco legal previsto para el delito de asesinato o bien en su mitad inferior –de 20 años a 22 años y 6 meses de prisión–, o a lo sumo, la pena en su mitad superior en el límite mínimo –22 años, 6 meses y un día de prisión–.

2. En respuesta a las alegaciones impugnativas de la parte recurrente lo primero que conviene aclarar es que, al haber sido absuelto el acusado por apreciarse una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal: la de alteración psíquica (artículo 20.1º del Código Penal), no puede ser considerado culpable de los hechos delictivos. Ello determina la imposibilidad de una condena a pena alguna dada su falta de culpabilidad, sino a lo sumo a una medida de seguridad, tal como se prevé en el artículo 101 del Código Penal, debiendo así excluirse la imposición de penas en el fallo, en el que sólo procede hablar de la imposición de medidas de seguridad acordes al

grado de peligrosidad del autor de los hechos delictivos, y no al grado de una culpabilidad que no concurre (art. 6.1 del Código penal).

Aclarado lo anterior, es importante ahora reseñar que el cálculo de la pena sólo servirá aquí para fijar el límite máximo de la medida de seguridad de internamiento, toda vez que el artículo 6.2 del Código Penal dispone que «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Mientras que el artículo 101.1 del mismo texto legal preceptúa que «Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo».

3. Centrados ya en la cuestión de fondo que se suscita en el recurso, le asiste la razón a la parte recurrente cuando alega que la pena asignada en concreto en la sentencia recurrida, establecida en la cuantía máxima delito de asesinato, 25 años de prisión, no se ajusta a derecho.

En primer lugar porque el Tribunal de instancia utiliza para fundamentar la proporcionalidad de la pena el argumento de que con ella se «pretende absorber el daño causado por las heridas infligidas y que objetivamente no eran aptas para causar la muerte buscando un daño superfluo por el agresor».

Sin embargo, como bien señala la parte recurrente, con ese argumento se está penando dos veces el ensañamiento con que actuó el autor. Primero se utiliza para exasperar la pena con arreglo a lo dispuesto en los artículos 139.3º y 140 del Código Penal (de 20 a 25 años de prisión), y después se vuelve a tener en consideración para imponerla en el límite máximo de la mitad superior.

Concurriría así un supuesto de "bis in ídem" al utilizar dos veces para agravar la pena el mismo supuesto fáctico: la causación de heridas innecesarias para ocasionar la muerte (en la sentencia se dice heridas "no aptas"),

ya que el ensañamiento albergaba de por sí un aumento deliberado e inhumano del dolor de la víctima.

Al margen de lo que se acaba de exponer, tampoco ha sido aplicado correctamente el artículo 66.1.7ª del Código Penal, que dice: "Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior».

El precepto que se acaba de citar no ha sido correctamente aplicado por el Tribunal de instancia, habida cuenta que si bien tiene razón la Audiencia cuando otorga una mayor cualificación a la agravante de parentesco que a la atenuante de confesión, pues parece razonable tener en mayor consideración la gravedad que supone el desvalor de matar con ensañamiento a la propia madre que el confesar el hecho después a la policía –máxime cuando todos los indicios concurrentes contra el acusado abocaban al descubrimiento de su autoría–, lo cierto es que la aplicación de la pena en el límite máximo supone que deje de operar totalmente la atenuante de confesión. Y una cosa es que deba prevalecer en el análisis compensatorio de las circunstancias la agravante de parentesco y otra muy distinta que la compensación desaparezca totalmente al no reducir en cuantía alguna el límite máximo de la pena a pesar de concurrir una atenuante.

Una ponderación de esa índole carece de racionalidad compensatoria, pues la atenuante tiene que operar en alguna medida aunque sea mínima. De no ser así, se individualizaría la pena como si no se hubiera aplicado atenuante alguna y obviaríamos el apartado correspondiente al artículo 66.1.7ª del Código Penal.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la mitad superior de la pena delito de asesinato agravado comprende desde 22 años seis meses y un día hasta 25 años de prisión, es muy posible que la pena proporcionada al grado de injusto debiera fijarse dentro de la mitad superior. Ahora bien, esa hipotética individualización judicial punitiva, tal como se va a comprobar, carece de relevancia práctica en el presente caso, puesto que, al hallarnos ante un inimputable, sólo procede operar para establecer el límite máximo de la medida de seguridad con la pena en abstracto y no con la individualizada en concreto. De modo que cuando queda excluida la culpabilidad no cabe

realizar una individualización judicial concreta de la pena con el fin de establecer el techo de la medida de seguridad.

4. En efecto, según ya se ha anticipado, el artículo 6.2 dispone que "Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Y este precepto, al ponerlo en relación con los artículos 101 a 103 del Código Penal, ha sido interpretado por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 31 de marzo de 2009 en el sentido de que "la duración máxima de las medidas de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate".

Las sentencias de esta Sala 603/2009, de 11 de junio, y 216/2012, de 1 de febrero, han aplicado el Acuerdo del referido Pleno en el sentido de que hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente cuando consiste en privación de libertad. Así lo impone el artículo 101.1 del Código Penal, que también establece que el criterio para la fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el artículo 6.2 del mismo del Código penal de 1995, y conforme lo interpreta la Circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero. Esta referencia a la "pena abstractamente aplicable al hecho cometido", como literalmente se dice en ese artículo 6.2, ha de referirse, según las sentencias citadas, a la prevista en el correspondiente artículo definidor delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad), y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (artículos 21, 22 y 23).

Habrà, pues, de fijarse en la sentencia absolutoria, tal como recuerda la jurisprudencia reseñada, el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (artículo 120.3 de la Constitución Española), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica. Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no cabe imponer una pena, pero la medida de seguridad correspondiente ha de tener como límite máximo el que viene determinado por la pena a aplicar considerada en abstracto. La

cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad. Ha de tenerse pues en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad.

En igual sentido se pronuncia la sentencia 398/2013, de 26 de abril, que tiene en consideración al fijar el límite máximo de la medida de seguridad el grado de ejecución del delito, al mismo tiempo que resalta que el tiempo máximo de duración de la medida de seguridad ha de establecerse en el fallo de la sentencia.

Por consiguiente, si bien tiene razón la parte recurrente en las objeciones que formula a la individualización concreta de la pena que se efectuó en la sentencia recurrida, ese error carece de relevancia a la hora de fijar el límite máximo de la medida de seguridad de internamiento, que ha de seguir siendo de 26 años.

De todas formas, sí conviene también recordar que el hecho de que el límite máximo de la medida de internamiento sea éste no significa que la medida de seguridad deba durar todo ese tiempo. Pues, como es sabido, dispone el artículo 97 del Código penal que durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo 98, alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta; b) decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; c) sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate, con la advertencia de que en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida; o, finalmente, d) dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso.

A este respecto, debe recordarse que criterios doctrinales asentados y reiterada jurisprudencia de esta Sala tienen establecido que en cuanto a los fines y función de las medidas ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico puede controlar los impulsos de su enfermedad mental

y acabar haciendo una vida normalizada, objetivo de rehabilitación social que acabará repercutiendo también en beneficio de la comunidad. Y, desde una segunda perspectiva no menos relevante, se protege también con la medida por supuesto a la sociedad salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando así la reiteración de tales actos en el futuro (Sentencias del Tribunal Supremo 1019/2010, de 2-11; y 124/2012, de 6-3).

Y también se tiene dicho en esas sentencias y en otras de esta Sala que nuestro sistema penal sigue el esquema dualista o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia única de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y que además requieren un tratamiento especial, derivado de sus singulares condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los delincuentes imputables y las medidas de seguridad a los delincuentes peligrosos. El legislador penal parte de esta idea: las medidas de seguridad «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (artículo 6.1 del Código Penal).

Por consiguiente, tanto la fijación de un periodo máximo de duración de la medida como el control y seguimiento de su aplicación con arreglo a la necesidad y proporcionalidad de los fines que cumplimenta son dos garantías fundamentales de nuestro sistema penal para una aplicación de las medidas de seguridad acorde con los valores constitucionales. De ahí la importancia de que se resalten ambas garantías en las resoluciones judiciales que se dicten en los supuestos en que la pena no ha de operar y sí en cambio las medidas de seguridad.

5. A tenor de lo expuesto en los fundamentos precedentes, no cabe estimar el recurso de casación para reducir el tiempo máximo de aplicación de la medida de seguridad impuesta en la sentencia recurrida, pero sí procede complementar la resolución recurrida en los términos y aspectos recogidos en el cuerpo de esta resolución.

Atendiendo a ello, no procede imponer a la parte recurrente las costas causadas en esta instancia.

FALLO

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

1) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de Epifanio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, de 25 de enero de 2017, que absolvió al recurrente de un delito de asesinato y de otro de quebrantamiento de condena al concurrir la eximente completa de alteración psíquica, con la concurrencia de la agravante de parentesco y la atenuante de confesión, sentencia que ha de complementarse en los términos que se expondrán en la segunda sentencia. 2) Se declaran de oficio las costas de esta instancia. Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, en el Rollo de Sala dimanante del Sumario 2/2015 del Juzgado de instrucción 8 de Barcelona, seguida por delito de quebrantamiento de medida cautelar y de asesinato contra Epifanio, nacido en Barcelona, hijo de Serafín y de M.^a Inmaculada; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de lo argumentado en la sentencia de casación, procede modificar el fallo de la sentencia recurrida en el sentido de imponer al acusado una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por un tiempo máximo de 26 años, medida cuya aplicación y régimen de ejecución se ajustará a lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del C. Penal y demás normas aplicables en la materia.

FALLO

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

1) Modificar la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona contra el acusado Epifanio, el 25 de enero de 2017, en el sentido de no imponer al acusado ninguna pena y sí una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por un tiempo máximo de 26 años, medida cuya aplicación y régimen de ejecución se ajustará a lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del Código Penal y demás normas aplicables en la materia.

2) Se mantienen el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

8.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CIVIL Y PENAL, NÚMERO 74/2019 DE 30-05-2019

La medida de seguridad privativa de libertad estará definida por un único máximo que contemple la peligrosidad del sujeto que haya cumplido diversos actos tipificados como delitos.

SENTENCIA

VISTO por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. D.^a Elisabet, actuando en representación de D. Felipe, con firma del letrado Sr. D. Carles, contra la sentencia de fecha tres de diciembre de dos mil dieciocho y contra el auto de aclaración de fecha trece de diciembre de dos mil dieciocho, dictados por la Ilma. Sra. D.^a Mercè, Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Lleida, que han recaído en el Procedimiento del indicado Tribunal, dimanante de la Causa de Jurado del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Balaguer (UPAD). Han comparecido en el presente Rollo formado con el indicado recurso y se han opuesto en tiempo y forma a su estimación tanto el Ministerio Fiscal, representado ante esta Sala por la Ilma. Sra. D.^a Teresa, como la acusación popular, ejercida por la procuradora Sra. D.^a Ana en nombre y en interés de D.^a Diana, con la asistencia letrada del Sr. D. Xavier.

El apelante, después de haber estado privado provisionalmente de libertad desde que fue detenido el día 19 mayo 2016, se encuentra en la actualidad en situación de libertad provisional dispuesta por un auto de 18 febrero 2019, si bien se ha decretado en la misma resolución su internamiento de carácter forzoso en un centro psiquiátrico no penitenciario, de conformidad con lo previsto en el artículo 763.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ha sido designado ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Carlo, que expresa el parecer unánime del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 diciembre 2018, en la causa antes referenciada, recayó la sentencia recurrida, en cuya relación de hechos probados se hicieron constar como tales los siguientes:

"ÚNICO: Se declara probado, conforme al veredicto del Jurado, que el acusado Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía adquiriendo habitualmente sustancias estupefacientes en el domicilio situado en Alfarrás, en el que residían Mauricio, su hija Florencia y la pareja de ésta Nazario.

Aproximadamente entre las 15:30 y las 16:00 horas del día 19 de mayo de 2016, el acusado salió de su vivienda sita en la misma calle portando una navaja y se dirigió al domicilio antes mencionado, encontrándose en ese momento en su interior Mauricio y Florencia. Tras abrirle la puerta Florencia y verle, ésta quiso impedirle la entrada propinándole un empujón, pese a lo cual el acusado insistió en entrar, momento en el que Mauricio acudió al recibidor de la vivienda, indicándole a su hija Florencia que ya se ocupaba él del acusado.

Hallándose los dos solos, el acusado sacó el arma que portaba, y guiado por el ánimo de acabar con la vida de Mauricio o al menos asumiendo y aceptando tal consecuencia, le asestó repetidas puñaladas por todo su cuerpo, cayendo aquél al suelo boca abajo a consecuencia de tal agresión, donde el acusado continuó con su ataque.

Florencia, que se hallaba en aquel momento en el comedor de la vivienda, al oír los gritos de su padre, acudió en su auxilio, momento en que el acusado, con intención de acabar con la vida de ésta o asumiendo y aceptando tal consecuencia, empezó a agredirla con la navaja persiguiéndola en su ataque hasta el comedor, donde aquélla intentó protegerse colocándose en el interior de una caracolera que estaba preparando. En tal situación Mauricio, aún con vida, llamó a su hija Florencia, lo que motivó que el acusado cesara en su ataque y abandonara la vivienda, lo que aprovechó Florencia para salir al balcón de la vivienda para alertar a los vecinos pidiendo ayuda.

Mientras, el acusado se dirigió hacia su domicilio, donde al llegar se desprendió de las ropas ensangrentadas que portaba arrojándolas al tejado

de su vivienda, deshaciéndose asimismo de la navaja que no ha podido ser recuperada.

A consecuencia de los hechos Mauricio sufrió múltiples heridas en zona torácica anterior, cabeza, extremidades superiores, línea axilar izquierda, parrilla costal y zona lumbar, lesiones que terminaron por causar su muerte en el mismo domicilio por shock hemorrágico.

Florencia por su parte, a consecuencia de la agresión, sufrió múltiples lesiones incisas en tórax, abdomen, extremidades superiores y región parietal y occipital, lesiones que precisaron para su sanidad de tratamiento médico y quirúrgico, de las que tardó en curar 180 días, todos los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, y ocho de los cuales precisaron de ingreso hospitalario, quedándole como secuelas, algias y limitación funcional en brazo derecho derivadas de afectación muscular cicatricial moderada, trastorno de estrés postraumático moderado y perjuicio estético muy importante.

En el momento de los hechos Mauricio contaba con 56 años de edad, siendo su pariente más próximo su hija Florencia con la que convivía. Florencia reclama por los hechos.

El acusado está diagnosticado de esquizofrenia paranoide de años de evolución, y en el momento de comisión de los hechos presentó una descompensación aguda que anuló totalmente sus capacidades intelectivas y volitivas.

Asimismo, el acusado presenta un patrón de consumo compatible con abuso de alcohol, cannabis, cocaína y dependencia a las anfetaminas, que afectaba a sus capacidades volitivas y cognoscitivas en el momento de los hechos."

La sentencia recurrida, a la vista de los indicados hechos y del veredicto del Jurado, ha dispuesto lo siguiente:

“FALLO:

ABSUELVO a Felipe delito de homicidio, ya referido, por la concurrencia de la eximente completa de anomalía psíquica, con imposición al mismo de una medida de internamiento en un Centro Psiquiátrico Penitenciario por tiempo máximo de 12 años del que no podrá salir sin auto-

rización de este Tribunal. Asimismo, se impone al mismo una medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años.

Asimismo, ABSUELVO a Felipe delito de tentativa de homicidio, ya definido, por la concurrencia de la exigente completa de anomalía psíquica, con imposición al mismo de una medida de internamiento en un Centro Psiquiátrico Penitenciario por un tiempo máximo de 7 años. Asimismo, se impone al mismo una medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años.

Y en vía de responsabilidad civil que indemnice a Florencia en la cantidad total de 162.633,03 euros, más los intereses legales correspondientes.

Y todo ello con declaración de oficio de las costas de este procedimiento.

Se acuerda el comiso de los efectos, instrumentos y piezas de convicción, a los que se dará el destino legalmente previsto una vez sea firme la presente sentencia.

Abónese al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, lo cual será aplicado al cumplimiento de la medida impuesta.

Únase esta resolución al acta del jurado."

Frente a la referida sentencia, la defensa de D. Felipe solicitó determinada aclaración relacionada con el cumplimiento simultáneo o sucesivo de las medidas de seguridad de la misma naturaleza impuestas en ella, solicitud que fue desestimada por un auto de 13 diciembre 2018.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución, la representación procesal de D. Felipe ha interpuesto en tiempo y forma un recurso de apelación fundado en dos motivos: el primero de ellos, al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del precepto legal, en concreto, del artículo 101.1 del Código penal, en relación con el artículo 95.1 del Código penal y con el artículo 25.2 de la Constitución Española; y el segundo, también al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 101, 105 y 106 del Código penal, en relación con el artículo 25.1 de la Constitución Española y con el artículo 4.1 del Código penal,

habiéndose sustanciado en este Tribunal de acuerdo con los correspondientes preceptos legales.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular se han opuesto en la instancia y en la vista de apelación a la estimación del indicado recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El Tribunal del Jurado ha absuelto a D. Felipe de la acusación por unos hechos que, no obstante, estimó cometidos por él en concepto de autor (artículos 27 y 28 del Código penal) y constitutivos de un delito de homicidio consumado (artículo 138 del Código penal) y de otro de la misma clase pero intentado (artículos 16.1, 62 y 138 del Código penal), por entender que concurría la eximente completa de anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1ª del Código penal), al haber estimado probado el Jurado, en base a los informes periciales y médicos y a cierta prueba testifical, que el recurrente padecía una esquizofrenia paranoide grave de años de evolución y que, en el momento de los hechos, presentaba un brote psicótico producto de una descompensación aguda de probable origen tóxico –alcohol, hachís, cocaína–, que anuló totalmente sus capacidades intelectivas y volitivas, por el cual precisó su ingreso en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria del Hospital Sant Joan de Déu el 23 mayo 2016.

Asimismo, le fue apreciada al recurrente la circunstancia atenuante derivada del hecho de haber actuado a causa de su grave adicción a sustancias tóxicas –cocaína y cannabis– y bebidas alcohólicas y, al propio tiempo, por haber cometido los hechos bajo los efectos de su consumo previo (artículo 21.2ª del Código penal), todo ello en base a los informes periciales y a los análisis realizados al recurrente a su ingreso en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria.

Hasta este punto, las acusaciones y la defensa se han mostrado contestes y no plantean discrepancia alguna frente a la sentencia.

A la vista de los anteriores hechos y en base a lo previsto en los artículos 95, 96 y 101 del Código penal, la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado dispuso el internamiento del recurrente en un centro psiquiátrico penitenciario, por considerar que era el "único que ofrece las garantías sufi-

cientes para ofrecer a la vez el oportuno tratamiento que precisa el acusado, pero también conjurar el peligro o riesgo que el mismo representa”.

En cuanto a la duración de dicho internamiento, "teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los hechos enjuiciados, la energía criminal desplegada por el acusado y el concreto resultado lesivo, así como la concurrencia de la circunstancia atenuante de grave adicción al alcohol y sustancias tóxicas", la Magistrada Presidenta estimó que no debía exceder de 12 años, en el caso delito de homicidio consumado, ni de 7 años, en el caso delito de homicidio intentado.

Por otra parte, al denegar la aclaración demandada por la defensa, la Magistrada Presidente precisó en su auto de 13 diciembre 2018 que "habiéndose impuesto al acusado dos medidas de la misma naturaleza, su cumplimiento deberá ser sucesivo, por cuanto no cabe su ejecución simultánea, aplicando analógicamente lo dispuesto en los artículos 75 y 106.2 del Código penal”.

Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 bis del Código penal, la Magistrada Presidenta dispuso imponer al acusado, por un lado, la medida de seguridad de libertad vigilada, por un periodo de 5 años y por cada uno de los delitos cometidos, a ejecutar con posterioridad a la de internamiento, remitiendo a la fase de ejecución para la descripción y la fijación de las obligaciones o prohibiciones que dicha medida habrá de comportar, conforme a lo previsto en el artículo 106 del Código penal; y, por otro lado, en aplicación del artículo 105 del Código penal y en atención a la peligrosidad del acusado y a las concretas circunstancias en que ocurrieron los hechos, la medida de prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas, igualmente, por un periodo de 5 años y por cada uno de los delitos cometidos.

2. Como veremos a continuación, mediante su recurso de apelación la representación del Sr. Felipe impugna, por un lado, que el centro psiquiátrico en el que proceda cumplir la medida de internamiento haya de ser penitenciario, estimando más adecuado que sea civil o no penitenciario; y, por otro lado, que pueda imponerse el cumplimiento sucesivo o acumulativo de dos medidas de seguridad de la misma naturaleza, sea de internamiento, sea de libertad vigilada, sea de prohibición de tenencia y porte de armas, solicitando en todos los casos que solo se imponga una de cada clase, en concreto, la de 12 años de internamiento en centro psiquiátrico

no penitenciario, 5 años de libertad vigilada y 5 años de prohibición de tenencia y porte de armas, estas dos últimas medidas de seguridad a contar desde la finalización del internamiento.

SEGUNDO.- 1. En el primero de los motivos de su recurso de apelación, al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, el apelante denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 101.1 del Código penal en relación con el artículo 95.1 del Código penal y con el artículo 25.2 de la Constitución Española, "al haber impuesto el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad en un centro psiquiátrico de carácter penitenciario, cuando lo más adecuado es que este fuese de carácter civil o no penitenciario".

Por lo pronto, el recurrente señala que las acusaciones nunca se han opuesto "expresamente" a que el cumplimiento de la medida de internamiento se hiciese en un centro psiquiátrico no penitenciario.

También resalta que la forense Dra. M.^a Cristina y el psiquiatra penitenciario Dr. Florentino han informado que lo más adecuado para el Sr. Felipe, teniendo en cuenta que durante su ingreso en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria hasta el momento no ha mostrado un "riesgo conductual" apreciable y ha sido receptivo a los consejos y recomendaciones terapéuticas que se le han hecho, es un internamiento de larga estancia en alguna de las plazas que puedan ofrecerse en la Región Sanitaria de Lleida, lo que supondría para él un "avance terapéutico" respecto a la situación penitenciaria que ha padecido durante la tramitación de este procedimiento y le permitiría retomar el contacto con su entorno familiar, evitando las limitaciones terapéuticas del "entorno penitenciario", que, por su carácter cerrado, implicaría una restricción excesiva de las actuaciones médicas que podrían implementarse en pro de su rehabilitación, incidiría negativamente en su bienestar y tendría un "carácter afflictivo" con efectos perjudiciales para su salud mental, además de ser contrario a lo que dispone el artículo 25.2 de la Constitución Española sobre la orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción de los afectados por ellas.

En definitiva, considera el recurrente que la Magistrada Presidenta ha decidido de forma automática el internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario, infringiendo lo dispuesto en el artículo 95.1 del Código penal y en el artículo 101.1 del Código penal, al no contar con un "informe"

médico que recomiende que ello sea lo más adecuado al tipo de anomalía psíquica que presenta el Sr. Felipe y sin que exista un "pronóstico" razonable de que vaya a cometer nuevos delitos en el futuro y, por tanto, sin que haya quedado demostrado que sea "necesario", constituyendo así una forma de "prisión encubierta".

2. Con carácter general, la imposición de una medida de seguridad exige que la que se imponga concretamente esté prevista en el del Código penal (principio de legalidad), que concurren los presupuestos legales para su imposición (artículo 1.2 del Código penal), que se aplique en la forma prescrita en las Leyes y reglamentos que la desarrollen (artículo 3.2 del Código penal) y que su ejecución esté sometida al control judicial (artículo 3.2 in fine del Código penal).

Por lo que se refiere a sus presupuestos, estos son, por un lado, "la peligrosidad" criminal del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (artículos 6.1 y 95.1.1ª del Código penal); por otro lado, "la necesidad" de la medida para prevenir la pronosticable comisión de nuevos delitos por el sujeto (artículos 6.2 y 95.1.2ª del Código penal); y, finalmente, "la proporcionalidad" de la medida a la gravedad y a la duración de la pena abstractamente aplicable al hecho típico cometido, si el sujeto hubiera podido ser declarado responsable del mismo (artículos 6.2, 95.2 y 101.1 in fine del Código penal).

Como advierte la jurisprudencia (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo 2 482/2010 de 4 mayo FD5, 890/2010 de 8 oct. FD2.5), el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, la detección del peligro que representa para la sociedad queda patentizado y objetivado en la comisión de un hecho dañoso previsto como delito (artículo 95.1.1º del Código penal); b) en la fase de pronóstico, la previsión de la posibilidad de que el sujeto concernido cometa nuevos hechos dañinos tipificados como delitos, que debe surgir "del hecho" cometido y "de las circunstancias personales" del afectado por la medida (artículo 95.1.2ª del Código penal).

Este pronóstico, no puede fundarse en un puro decisionismo intuitivo del operador judicial, sino que debe sustentarse en argumentos científicos contrastados y admitidos por la Comunidad científica que permitan aventurar, sin que sea necesario alcanzar la certeza propia de las ciencias naturales, la posible actuación futura del afectado (Sentencias del Tribunal

Supremo 2 482/2010 de 4 mayo FD5), tomando en consideración el hecho cometido, la naturaleza del peligro que representa el sujeto, sus circunstancias personales –que incluye las familiares y sociales– y su respuesta al tratamiento rehabilitador a que esté sometido, respuesta que deberá ser valorada periódicamente por el tribunal sentenciador para ponderar el mantenimiento de la medida o su sustitución por otra menos gravosa (artículo 97 del Código penal).

Ahora bien, por lo que se refiere específicamente a la medida de internamiento privativo de libertad al declarado exento de responsabilidad criminal conforme al artículo 20.1º del Código penal (artículo 101 del Código penal), sin perjuicio de que el Juez o Tribunal recabe "los informes que estime convenientes" previamente a decidir sobre su aplicación (artículo 95.1 del Código penal), la decisión de imponerla que deberá ser motivada (cfr Sentencia del Tribunal Supremo 2 728/2016 de 30 sep . FD1) es exclusivamente judicial y estará orientada a una doble finalidad: a) la protección de la sociedad frente a los riesgos que represente el afectado por la medida; y b) la protección del propio afectado destinatario del tratamiento médico-terapéutico, en la medida en que puede servir para controlar sus impulsos criminales y hacer una vida normalizada (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 2 482/2010 de 4 mayo FD5).

Es decir, "la medida de seguridad no se impone –sin más– como un remedio terapéutico para el enfermo mental, inimputable penalmente, sino en función de la peligrosidad social del sujeto, y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal", si bien, junto a este fundamento, "ha de subyacer en su adopción, simultáneamente, un fin terapéutico respecto del sujeto declarado inimputable, objetivo último de este instrumento legal vinculado a la pena en su función de reinserción social, por mandato del artículo 25 de la Constitución Española" (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 216/2012 FD1, que cita como precedentes respecto a la función preventiva de la peligrosidad las Sentencias del Tribunal Supremo 2 345/2007 de 24 abril y 124/2012 de 6 mar., y como precedente sobre su finalidad terapéutica la Sentencia del Tribunal Supremo 2 464/2002, de 14 mar.).

Por ello, precisamente, se trata de una decisión eminentemente judicial, no médica ni terapéutica, que se rodea de las garantías propias de un proceso penal, no solo en el momento de su adopción tras el correspondiente juicio oral que permita acreditar la concurrencia de los presupuestos inexcusables (artículo 3.1 del Código penal), sino también en su fase de ejecu-

ción (artículo 3.2 in fine del Código penal), para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión (artículos 97 y 98 del Código penal).

La consecuencia es que es al Juez o Tribunal al que corresponde decidir ponderadamente –previos los informes que estime convenientes y que, en cualquier caso, carecen de efecto vinculante– sobre la conjugación de ambos fines, el de la defensa social y el rehabilitador o resocializador del individuo afectado, que, de todas formas, no son incompatibles, sino armónicos (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo 2 482/2010 de 4 mayo. FD5, 890/2010 de 8 oct. FD2.5).

Téngase en cuenta que "la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias 112/1988, 129/1999), que se concretan en: a) haberse probado, de manera convincente, la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) que esta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y, c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo" (Sentencia del Tribunal Supremo 728/2016 de 30 sep. FD1).

Pues bien, por lo que se refiere al presente supuesto, la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado razonó expresamente en su sentencia (FD5 in fine) que el centro psiquiátrico en el que debía ingresar el Sr. Felipe debía ser penitenciario, porque consideraba que estos centros son los únicos que ofrecían las garantías suficientes, al propio tiempo, para proporcionar al reo "el oportuno tratamiento" a su anomalía psíquica y para conjurar "el peligro o riesgo que el mismo representa" para los demás.

A este respecto, en la sentencia se dice que:

"...debe tenerse en cuenta la gravedad y cronicidad de la enfermedad del acusado, su evolución deteriorante, así como también su grave proble-

mática toxicológica, y la imprescindibilidad de la abstinencia del acusado en cuanto a sus hábitos alcohólicos y de consumo de estupefacientes, y la necesidad de un riguroso y estrecho control médico, tal y como afirmó el médico psiquiatra de Brians [Dr. Florentino], a fin de evitar el riesgo conductual y la peligrosidad que pudiera acarear su conducta por tal motivo. Tampoco puede obviarse el historial médico del acusado, quien ha precisado de varios ingresos psiquiátricos entre los años 2010 a 2014, destacando que, incluso en algunos de tales ingresos, manifestó algún episodio de heteroagresividad, según consta en el informe emitido en fecha 24 de octubre de 2018 por el Dr. Florentino”.

Por otra parte, si bien recoge el parecer médico de la forense (Dra. M.a Cristina) favorable a un internamiento no penitenciario, la sentencia recurrida se hace eco de la reserva de la forense, en el sentido de que aprecia que el riesgo de reiteración criminal "no puede estimarse desdeñable", y de su advertencia, en el sentido de que "las medias terapéuticas a aplicar a su patología han de ser estrictas e intensas, y que incluyen tanto, el tratamiento psicofarmacológico como un régimen de ingreso que permita el estrecho seguimiento del paciente con limitación de exposición a posibles desestabilizadores con la minimización de riesgo de consumo de tóxicos".

A la vista de todo ello, la Magistrada Presidenta tomó motivadamente la decisión que ahora se recurre, pero lo hace "sin perjuicio de que su evolución, en el caso de ser favorable, pueda motivar su modificación en el sentido que resulte procedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Código penal, y así, en su caso, acordar el cumplimiento de tal medida en Centro no penitenciario, tal y como ha venido solicitando su defensa, lo que podrá realizarse a propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que, a tal fin, deberá informar periódicamente a este Tribunal sobre la evolución y progresos del acusado en el tratamiento de su enfermedad, y proponer en su caso la sustitución de la medida impuesta por aquella que se estime más adecuada a las circunstancias que resulten del tratamiento y evolución del enfermo".

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han impugnado el recurso, también por lo que se refiere a su internamiento en centro psiquiátrico que no sea penitenciario, y se han opuesto a su estimación.

La decisión de la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, además de ser plenamente respetuosa con los preceptos que se invocan como

infringidos en el recurso, encuentra un adecuado respaldo en la jurisprudencia para supuestos de anomalías psíquicas y de delitos de la clase y de la gravedad de los que se examinan aquí, como es el caso al que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 526/2018, de 5 noviembre (FD2), que, respecto de un asesinato consumado y de otros dos en grado de tentativa cometidos por un individuo diagnosticado de "trastorno esquizoafectivo caracterizado por percepciones delirante del entorno y su relación con él e ideas delirantes de perjuicio", para el que el tribunal de instancia había decretado el internamiento por un periodo máximo de 30 años en un centro psiquiátrico penitenciario y la libertad vigilada por un periodo de 5 años más, ante la alegación de infracción de los mismos preceptos que se nos invocan a nosotros, el Tribunal Supremo (2ª) aceptó como legítimas las reservas expresadas por el tribunal respecto a las medidas de seguridad que ofrece el internamiento en centros no penitenciarios, al declarar que:

"En lo que atañe al punto concreto de qué centro es el más adecuado para que sea internado el recurrente, es el Tribunal de instancia el que, en principio, debido a la inmediación y a la circunstancia de ser el órgano judicial del territorio en que se producen los hechos, el que se halla en condiciones idóneas para conocer las circunstancias y prestaciones del centro de internamiento de la ciudad de Burgos que señala la parte como adecuado para que se cumpla la medida. Y desde luego el tribunal sentenciador, a tenor del contenido de la resolución, no acepta el criterio de la defensa del impugnante.

En cualquier caso, es patente que estamos ante un acusado que ha matado a una persona y ha estado a punto de matar a otras dos (se le ha condenado por un homicidio consumado y otros dos en fase de tentativa), sin que en su conducta hubiera ningún motivo de animadversión o enconamiento previos contra las víctimas, estando pues motivada su conducta únicamente por su grave enfermedad mental.

Todo ello significa que el grado de peligrosidad puesto de relieve por el recurrente con sus actos homicidas es muy elevado, lo que determina que la medida a imponer tiene que ser exquisitamente seleccionada para controlar los gravísimos riesgos que genera una persona con unos padecimientos psíquicos que pueden derivar en nuevas conductas agresivas para la vida e integridad de terceras personas.

Por lo cual, no se considera desproporcionado ni desmesurado que el Tribunal de instancia elija un centro en el que, cuando menos en una primera fase, tenga unos medios que permitan un control exhaustivo de los movimientos del acusado, sin dejar abierta ninguna opción a una posible fuga del interno que pudiera generar nuevos daños personales irreparables para cualquier ciudadano que estuviera en su radio de acción. Todo ello sin perjuicio de que, según vaya transcurriendo el tiempo, se modifique el Centro de internamiento mediante el procedimiento establecido en los artículos 97 y 98 del C. Penal, a resultas de la evolución de la enfermedad del acusado."

En el mismo sentido pueden verse otras resoluciones (Sentencias del Tribunal Supremo 2 núm. 38/2008 de 17 ene. FD5, 482/2010 de 4 mayo. FD5, 890/2010 de 8 oct. FD2, 216/2012 de 1 feb. FD1, 728/2016 de 30 sep. FD1).

En consecuencia, se desestima íntegramente este motivo del recurso.

TERCERO.- 1. En el segundo motivo de su recurso, al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 101, 105 y 106 del Código penal y del principio de legalidad previsto en el artículo 25.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 4.1 del Código penal, "en su vertiente de prohibición de la aplicación analógica de la ley penal", y con los artículos 73, 74 y 75 del Código penal, por haber decidido aplicar "de forma acumulativa" –sucesiva– más de una medida de seguridad de la misma naturaleza.

2. Como hemos dicho ya, la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado ha decidido imponer 6 medidas de seguridad en total: 2 de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario, por 12 y 7 años respectivamente, conforme a los artículos 96.1.1^a y 101.1 del Código penal; otras 2 de libertad vigilada, cada una de ellas por 5 años, conforme a los artículos 96.3.3^a, 101.1, 105.1.a), 106 y 140.bis del Código penal; y 2 más de prohibición de tenencia y porte de armas, también por 5 años cada una, conforme a los artículos 96.3.6^a, 101.1 y 105.2.b) del Código penal.

La duración sumada de las dos medidas privativas de libertad respeta plenamente la limitación impuesta en el artículo 101.1 in fine del Código penal en relación con el artículo 6.2 del Código penal (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 2 33/2018 de 23 ene. FD3 y Acuerdo del Pleno del TS2

de 31 marzo 2009), como se comprueba en el razonamiento de la sentencia recurrida correspondiente a la motivación de la penalidad (FD5), según el cual:

“En el presente caso la duración de la prisión que correspondería por el delito de homicidio consumado abarcaría desde los 10 a los 15 años. En cuanto a la tentativa de homicidio, el artículo 62 del Código penal, respecto de los delitos en grado de tentativa, señala que debe imponerse la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado en atención al 'peligro inherente al intento', y el 'grado de ejecución alcanzado'. Y en el supuesto de autos, este Tribunal valora la actividad desplegada por el acusado como una tentativa acabada a la vista del desarrollo de la ejecución y la actividad y energía criminal desplegada por el mismo, por lo que sería procedente rebajar en un grado la pena prevista para el delito consumado, que abarcaría desde los 5 a los 10 años.

A partir de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los hechos enjuiciados, la energía criminal desplegada por el acusado y el concreto resultado lesivo, así como la concurrencia de la circunstancia atenuante de grave adicción al alcohol y sustancias tóxicas, se estima procedente la imposición de una medida de internamiento en centro psiquiátrico que no podrá exceder de 12 años, por el delito de homicidio, ni de 7 por el delito de homicidio intentado.”

Planteada aclaración a la sentencia por la defensa del recurrente sobre si el cumplimiento de dichas medidas debía efectuarse de forma sucesiva o simultánea, la Magistrada Presidenta decidió denegar la aclaración, si bien, obiter dicta “a efectos meramente dialécticos”, dejó constancia de que, “habiéndose impuesto al acusado dos medidas de la misma naturaleza, su cumplimiento deberá ser sucesivo, por cuanto no cabe su ejecución simultánea, aplicando análogicamente lo dispuesto en los artículos 75 y 196.2 del Código penal”.

Tiene razón el recurrente al sostener que, conforme a los artículos 96, 101 y demás concordantes del Código penal, la naturaleza, el sentido y la finalidad de las medidas de seguridad exigen que, cualquiera que fuere la multiplicidad de hechos dañosos descritos como delitos cometidos por el sujeto afectado por alguna de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, la medida de seguridad privativa de libertad esté definida por un único límite máximo que contemple in totum la peligrosidad que

represente el sujeto que haya llevado a cabo diversos hechos dañosos tipificados como delitos y que respete, al propio tiempo, la duración total constituida por la suma de las correspondientes penas privativas de libertad.

Se explica así que en el caso enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 526/2018 de 5 noviembre, a la que antes hemos hecho referencia, referida a dos delitos consumados de asesinato y a otros dos intentados también de asesinato, se impusiera una única medida privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por un máximo de 30 años; o que en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 482/2010 de 4 mayo, a la que también nos hemos referido ut supra, referida a un delito de asesinato y dos de atentados a agentes de la autoridad, se impusiera también una única medida de privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por un máximo de 27 años; o que en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 890/2010 de 8 octubre, mencionada anteriormente como las dos anteriores, referida un delito de conducción temeraria en concurso con dos delitos de homicidio y uno de lesiones, se impusiera asimismo en este caso por el Tribunal Supremo, con revocación de la sentencia de instancia una única medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico no penitenciario por un máximo de 15 años.

En consecuencia, en el presente supuesto, procede imponer a D. Felipe una única medida privativa de libertad consistente en internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por tiempo de DIECINUEVE AÑOS como máximo, teniendo en cuenta que dicho límite abarca adecuadamente la peligrosidad acreditada mediante la comisión de un delito consumado y de otro intentado de homicidio y respeta escrupulosamente el límite impuesto por los artículos 6.2 y 101.1 in fine del Código penal, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 97 y 98 del Código penal sobre el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, previo el cumplimiento de los requisitos y de los trámites previstos en dichos preceptos y demás concordantes.

Por otra parte, en relación con las medidas de seguridad consistentes en la libertad vigilada del recurrente artículos 96.3.3^a, 101.1, 105.1.a), 106 y 140.bis del Código penal y en la prohibición de tenencia y porte de armas artículos 96.3.6^a, 101.1 y 105.2.b) del Código penal, que deberán comenzarse a cumplir simultáneamente desde que fuere decretado el cese, la sus-

titución o la suspensión de la medida privativa de libertad (artículo 106.2 del Código penal), procede asimismo unificarlas por las mismas razones.

Por tanto, procede imponer a D. Felipe una única medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de CINCO AÑOS, teniendo en cuenta que este es el límite máximo que impone el artículo 105.1 del Código penal para los supuestos en que no existe previsión expresa de un límite superior p.e. casos de los artículos 192.1 y 579 bis 2 del Código penal, debiendo diferirse a la fase de ejecución de dicha medida la fijación de las obligaciones o prohibiciones que deba comportar, en la forma prevista en el artículo 106.2 del Código penal y sin perjuicio de lo que dispone el artículo 106.3 del Código penal; y, asimismo, procede imponer una única medida de seguridad consistente en la prohibición de tenencia y porte de armas por tiempo de DIEZ AÑOS, conforme autoriza el artículo 105.2.b) del Código penal, a fin de abarcar adecuadamente la peligrosidad del sujeto.

En consecuencia, se estima parcialmente este segundo motivo de apelación con el sentido y alcance que han sido descritos ut supra.

CUARTO.- No procede imponer las costas de esta alzada, que, por tanto, se declaran de oficio.

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

La SALA DE LO CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

1. ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Felipe contra la sentencia dictada en fecha tres de diciembre de dos mil dieciocho por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Lleida, que ha recaído en el Procedimiento del indicado Tribunal, dimanante de la Causa de Jurado del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Balaguer (UPAD), y, en consecuencia,

2. REVOCAR parcialmente la referida sentencia, en el sentido de

3. IMPONER a D. Felipe, en lugar de las medidas de seguridad dispuestas en la sentencia recurrida, una medida privativa de libertad consistente en el internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por tiempo

de DIECINUEVE AÑOS como máximo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Código penal, así como una medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de CINCO AÑOS, debiendo diferirse a la fase de ejecución de dicha medida la fijación de las obligaciones o prohibiciones que deba comportar, y, finalmente, una medida de seguridad consistente en la prohibición de tenencia y porte de armas por tiempo de DIEZ AÑOS.

No procede pronunciamiento alguno relativo a las costas de esta alzada, que, por tanto, se declaran de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 34/2020, DE FECHA 06-02-2020

Se desestima el recurso de casación, confirmando todos los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

SENTENCIA

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 2963/2019, interpuesto por D. Ruperto representado por la procuradora D.^a M.^a José, bajo dirección letrada de D. Carles, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña, de fecha 30 de mayo de 2019 por la que se estima parcialmente el recurso de apela-

ción interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Jurado dictada el 3 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida, D.^a Sonsoles, representada por la procuradora D.^a Lucía, bajo dirección letrada de D. Xavier.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Balaguer instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1/2017 por un delito de asesinato con ensañamiento y un delito de homicidio en grado de tentativa contra D. Ruperto, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Procedimiento Tribunal Jurado núm. 1/2018) dictó sentencia en fecha 3 de diciembre de 2018 que contiene los siguientes hechos probados:

"ÚNICO: Se declara probado, conforme al veredicto del Jurado, que el acusado Ruperto, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía adquiriendo habitualmente sustancias estupefacientes en el domicilio situado en Alfarrás, en el que residían José Pedro, su hija Sonsoles y la pareja de ésta Juan Enrique.

Aproximadamente entre las 15:30 y las 16:00 horas del día 19 de mayo de 2016, el acusado salió de su vivienda sita en la misma calle portando una navaja y se dirigió al domicilio antes mencionado, encontrándose en ese momento en su interior José Pedro y Sonsoles. Tras abrirle la puerta Sonsoles y verle, ésta quiso impedirle la entrada propinándole un empujón, pese a lo cual el acusado insistió en entrar, momento en el que José Pedro acudió al recibidor de la vivienda, indicándole a su hija Sonsoles que ya se ocupaba él del acusado.

Hallándose los dos solos, el acusado sacó el arma que portaba, y guiado por el ánimo de acabar con la vida de José Pedro o al menos asumiendo y aceptando tal consecuencia, le asestó repetidas puñaladas por todo su cuerpo, cayendo aquél al suelo boca abajo a consecuencia de tal agresión, donde el acusado continuó con su ataque.

Sonsoles, que se hallaba en aquel momento en el comedor de la vivienda, al oír los gritos de su padre, acudió en su auxilio, momento en que el acusado, con intención de acabar con la vida de ésta o asumiendo y aceptando tal consecuencia, empezó a agredirla con la navaja persiguiéndola en su ataque hasta el comedor, donde aquélla intentó protegerse colocándose en el interior de una caracolera que estaba preparando. En tal situación José Pedro, aún con vida, llamó a su hija Sonsoles, lo que motivó que el acusado cesara en su ataque y abandonara la vivienda, lo que aprovechó Sonsoles para salir al balcón de la vivienda para alertar a los vecinos pidiendo ayuda.

Mientras, el acusado se dirigió hacia su domicilio, donde al llegar se desprendió de las ropas ensangrentadas que portaba arrojándolas al tejado de su vivienda, deshaciéndose asimismo de la navaja que no ha podido ser recuperada.

A consecuencia de los hechos José Pedro sufrió múltiples heridas en zona torácica anterior, cabeza, extremidades superiores, línea axilar izquierda, parrilla costal y zona lumbar, lesiones que terminaron por causar su muerte en el mismo domicilio por shock hemorrágico.

Sonsoles por su parte, a consecuencia de agresión, sufrió múltiples lesiones incisas en tórax, abdomen, extremidades superiores y región parietal y occipital, lesiones que precisaron para su sanidad de tratamiento médico y quirúrgico, de las que tardó en curar 180 días, todos los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, y ocho de los cuales precisaron de ingreso hospitalario, quedándole como secuelas, algias y limitación funcional en brazo derecho derivadas de afectación muscular cicatricial moderada, trastorno de estrés postraumático moderado y perjuicio estético muy importante.

En el momento de los hechos José Pedro contaba con 56 años de edad, siendo su pariente más próximo su hija Sonsoles con la que convivía. Sonsoles reclama por los hechos.

El acusado está diagnosticado de esquizofrenia paranoide de años de evolución, y en el momento de comisión de los hechos presentó una descompensación aguda que anuló totalmente sus capacidades intelectivas y volitivas.

Asimismo el acusado presenta un patrón de consumo compatible con abuso de alcohol, cannabis, cocaína y dependencia a las anfetaminas, que

afectaba a sus capacidades volitivas y cognoscitivas en el momento de los hechos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"ABSUELVO a Ruperto delito de homicidio, ya referido, por la concurrencia de la eximente completa de anomalía psíquica, con imposición al mismo de una medida de internamiento en un Centro Psiquiátrico Penitenciario por tiempo máximo de 12 años del que no podrá salir sin autorización de este Tribunal. Asimismo se impone al mismo una medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años.

Asimismo ABSUELVO a Ruperto delito de tentativa de homicidio, ya definido, por la concurrencia de la eximente completa de anomalía psíquica, con imposición al mismo de una medida de internamiento en un Centro Psiquiátrico Penitenciario por un tiempo máximo de 7 años. Asimismo se impone al mismo una medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años.

Y en vía de responsabilidad civil que indemnice a Sonsoles en la cantidad total de 162.633,03 euros, más los intereses legales correspondientes.

Y todo ello con declaración de oficio de las costas de este procedimiento.

Se acuerda el comiso de los efectos, instrumentos y piezas de convicción, a los que se dará el destino legalmente previsto una vez sea firme la presente sentencia.

Abónese al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, lo cual será aplicado al cumplimiento de la medida impuesta.

Únase esta resolución al acta del jurado".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Ruperto; el Ministerio Fiscal y la acusación particular se opusieron al mismo; dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña en fecha 30 de mayo de 2019, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado, cuyo Fallo es el siguiente:

“1. ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ruperto contra la sentencia dictada en fecha tres de diciembre de dos mil dieciocho por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Lleida, que ha recaído en el Procedimiento del indicado Tribunal, dimanante de la Causa de Jurado del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Balaguer (UPAD), y, en consecuencia,

2. REVOCAR parcialmente la referida sentencia, en el sentido de

3. IMPONER a D. Ruperto, en lugar de las medidas de seguridad dispuestas en la sentencia recurrida, una medida privativa de libertad consistente en el internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por tiempo de DIECINUEVE AÑOS como máximo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Código penal, así como una medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de CINCO AÑOS, debiendo diferirse a la fase de ejecución de dicha medida la fijación de las obligaciones o prohibiciones que deba comportar, y, finalmente, una medida de seguridad consistente en la prohibición de tenencia y porte de armas por tiempo de DIEZ AÑOS.

No procede pronunciamiento alguno relativo a las costas de esta alzada, que, por tanto, se declaran de oficio”.

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Ruperto que se tuvo por 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 850.1º y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, este último en relación con el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial. Por entender que se denegó a esta parte prueba documental que, propuesta en tiempo y forma, resultaba pertinente, necesaria y útil, lesionándose el derecho fundamental de esta parte a utilizar y valerse

de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 de la Constitución española), causando indefensión.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 6.2 y 101.1 in fine del Código Penal, por entender que la sentencia de apelación, con su estimación parcial del segundo motivo del recurso de apelación, ha fijado una duración de las medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico y de prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas que sigue suponiendo una duplicidad o acumulación de medidas de la misma naturaleza, recurriendo a criterios analógicos y contraviniendo los límites legalmente previstos.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 849.1º y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, este último en relación con el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los artículos 101.1, en relación con el 95.1 del Código Penal y 25.2 de la Constitución Española.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida, D.^a Sonsoles, interesó la plena confirmación de la sentencia impugnada, impugnando asimismo el recurso de casación interpuesto; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, y solicitó subsidiariamente su desestimación de conformidad con las razones expresadas en su informe de fecha 3 de septiembre de 2019; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de enero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Nos encontramos ante el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de apelación contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, constituida como Tribunal de Jurado.

1. La sentencia recurrida, expone así los antecedentes de la condena en primera instancia:

El Tribunal del Jurado ha absuelto a D. Ruperto de la acusación por unos hechos que, no obstante, estimó cometidos por él en concepto de autor (artículos 27 y 28 del Código penal) y constitutivos de un delito de homicidio consumado (artículo 138 del Código penal) y de otro de la misma clase pero intentado (artículos 16.1, 62 y 138 del Código penal), por entender que concurría la eximente completa de anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1a del Código penal), al haber estimado probado el Jurado, en base a los informes periciales y médicos y a cierta prueba testifical, que el recurrente padecía una esquizofrenia paranoide grave de años de evolución y que, en el momento de los hechos, presentaba un brote psicótico producto de una descompensación aguda de probable origen tóxico –alcohol, hachís, cocaína–, que anuló totalmente sus capacidades intelectivas y volitivas, por el cual precisó su ingreso en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria del Hospital Sant Joan de Déu el 23 mayo 2016.

Asimismo, le fue apreciada al recurrente la circunstancia atenuante derivada del hecho de haber actuado a causa de su grave adicción a sustancias tóxicas –cocaína y cannabis– y bebidas alcohólicas y, al propio tiempo, por haber cometido los hechos bajo los efectos de su consumo previo (artículo 21.2a del Código penal), todo ello en base a los informes periciales y a los análisis realizados al recurrente a su ingreso en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria.

2. Indica el recurrente que el principal motivo de controversia, tanto en la fase de enjuiciamiento como en la apelación, fue la tipología de centro psiquiátrico en el que el Sr. Ruperto debía cumplir la medida de seguridad. Y en aras de que la aplicación de la medida de seguridad privativa de libertad de internamiento lo fuera en centro psiquiátrico no penitenciario para el tratamiento de la esquizofrenia paranoide que padecía el acusado, formula el primer motivo de casación.

Lo formula por quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 850.1º y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, este último en relación con el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues entiende que se le denegó prueba documental que, propuesta en tiempo y forma, resultaba pertinente, necesaria y útil, lesionándose el derecho fundamental de esta parte a utilizar y valerse de los medios de prueba

pertinentes (artículo 24.2 de la Constitución española), causando indefensión.

La pertinencia y la necesidad la entendía en aras de justificar la procedencia del carácter no penitenciario del centro donde ha de ser internado el recurrente.

3. A la misma finalidad de establecer que el centro de internamiento de aplicación de la medida de seguridad, no fuere de carácter penitenciario, obedece el tercer motivo formulado por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 849.1º y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, este último en relación con el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los artículos 101.1, en relación con el 95.1 del Código Penal y 25.2 de la Constitución Española.

Motivo tercero que por razones sistemáticas analizaremos antes que el primero, pues su resolución permite alumbrar criterios y pautas de resolución del aquel motivo primero.

4. Entiende el recurrente que si bien resulta posible adoptar una decisión judicial sobre la necesidad de una medida de internamiento y el tipo de establecimiento, hacerlo sin el aval o la información facilitada por los informes u opiniones de peritos o profesionales expertos en la materia supone trasladar dicha decisión al terreno del arbitrio o, cuanto menos, de la falta de la debida motivación; y que las únicas pruebas practicadas en el acto de juicio oral sobre el particular que pudieron y debieron considerarse para adoptar la decisión son las de los peritos Dra. Antonia, médico psiquiatra y forense, y Dr. Aníbal, médico psiquiatra de la unidad de hospitalización psiquiátrica penitenciaria donde permaneció durante casi dos años y nueve meses el Sr. Ruperto –profesional del que, sorprendentemente no se hace mención alguna en la sentencia de apelación–.

Pruebas periciales que debían considerarse en su integridad y no, indica, como parece haber sido, mediante una lectura parcial o sesgada de su contenido. El Dr. Aníbal, recuerda, expuso en su informe clínico evolutivo de 24 de octubre de 2018, que el interno "no presenta en ningún momento una repercusión conductual en forma de conductas agresivas, mostrándose receptivo a los consejos y recomendaciones realizadas por el equipo terapéutico ante estas situaciones", afirmaciones que fueron ratificadas y ampliadas en su declaración judicial. Además, dicho profesional indicó de forma clara y expresa en el acto de juicio oral, a preguntas del letrado de la

defensa, que la unidad de hospitalización penitenciaria psiquiátrica era de alta contención para pacientes con muy alto riesgo conductual, que durante la estancia del acusado en la unidad no se había apreciado en él un riesgo conductual y que consideraba adecuado, de forma coincidente con la Dra. Antonia, el cumplimiento de la medida de seguridad en un centro psiquiátrico no penitenciario.

5. Esta cuestión con el mismo planteamiento ya fue analizado por el Tribunal Superior de Justicia.

(...) por lo que se refiere específicamente a la medida de internamiento privativo de libertad al declarado exento de responsabilidad criminal conforme al artículo 20.1º del Código penal (artículo 101 del Código penal), sin perjuicio de que el Juez o Tribunal recabe "los informes que estime convenientes "previamente a decidir sobre su aplicación (artículo 95.1 del Código penal), la decisión de imponerla –que deberá ser motivada (cfr Sentencia del Tribunal Supremo 2728/2016 de 30 sep. FD1)– es exclusivamente judicial y estará orientada a una doble finalidad: a) la protección de la sociedad frente a los riesgos que represente el afectado por la medida; y b) la protección del propio afectado destinatario del tratamiento médico-terapéutico, en la medida en que puede servir para controlar sus impulsos criminales y hacer una vida normalizada (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 482/2010 de 4 mayo FD5).

Es decir, "la medida de seguridad no se impone –sin más– como un remedio terapéutico para el enfermo mental, inimputable penalmente, sino en función de la peligrosidad social del sujeto, y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal", si bien, junto a este fundamento, "ha de subyacer en su adopción, simultáneamente, un fin terapéutico respecto del sujeto declarado inimputable, objetivo último de este instrumento legal vinculado a la pena en su función de reinserción social, por mandato del artículo 25 de la Constitución Española" (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 216/2012 FD1, que cita como precedentes respecto a la función preventiva de la peligrosidad las Sentencias del Tribunal Supremo 2 345/2007 de 24 abril y 124/2012 de 6 marzo, y como precedente sobre su finalidad terapéutica la Sentencia del Tribunal Supremo 2 464/2002, de 14 marzo).

Por ello, precisamente, se trata de una decisión eminentemente judicial, no médica ni terapéutica, que se rodea de las garantías propias de un proceso penal, no solo en el momento de su adopción tras el correspon-

diente juicio oral que permita acreditar la concurrencia de los presupuestos inexcusables (artículo 3.1 del Código penal), sino también en su fase de ejecución (artículo 3.2 in fine del Código penal), para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión (artículos 97 y 98 del Código penal).

La consecuencia es que es al Juez o Tribunal al que corresponde decidir ponderadamente –previos los informes que estime convenientes y que, en cualquier caso, carecen de efecto vinculante– sobre la conjugación de ambos fines, el de la defensa social y el rehabilitador o resocializador del individuo afectado, que, de todas formas, no son incompatibles, sino armónicos (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo 482/2010 de 4 mayo FD5, 890/2010 de 8 oct. FD2.5).

Téngase en cuenta que "la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1988,129/1999), que se concretan en: a) haberse probado, de manera convincente, la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) que esta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y, c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo" (Sentencia del Tribunal Supremo 2 728/2016 de 30 sep. FD1).

Pues bien, por lo que se refiere al presente supuesto, la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado razonó expresamente en su sentencia (FD5 in fine) que el centro psiquiátrico en el que debía ingresar el Sr. Ruperto debía ser penitenciario, porque consideraba que estos centros son los únicos que ofrecían las garantías suficientes, al propio tiempo, para proporcionar al reo "el oportuno tratamiento "a su anomalía psíquica y para conjurar" el peligro o riesgo que el mismo representa" para los demás.

A este respecto, en la sentencia se dice que:

"...debe tenerse en cuenta la gravedad y cronicidad de la enfermedad del acusado, su evolución deteriorante, así como también su grave problemática toxicológica, y la imprescindibilidad de la abstinencia del acusado en cuanto a sus hábitos alcohólicos y de consumo de estupefacientes, y la necesidad de un riguroso y estrecho control médico, tal y como afirmó el médico psiquiatra de Brians [Dr. Aníbal], a fin de evitar el riesgo conductual y la peligrosidad que pudiera acarear su conducta por tal motivo. Tampoco puede obviarse el historial médico del acusado, quien ha precisado de varios ingresos psiquiátricos entre los años 2010 a 2014, destacando que, incluso en algunos de tales ingresos, manifestó algún episodio de heteroagresividad, según consta en el informe emitido en fecha 24 de octubre de 2018 por el Dr. Aníbal".

Por otra parte, si bien recoge el parecer médico de la forense (Dra. Antonia) favorable a un internamiento no penitenciario, la sentencia recurrida se hace eco de la reserva de la forense, en el sentido de que aprecia que el riesgo de reiteración criminal "no puede estimarse desdeñable", y de su advertencia, en el sentido de que "las medias terapéuticas a aplicar a su patología han de ser estrictas e intensas, y que incluyen tanto, el tratamiento psicofarmacológico como un régimen de ingreso que permita el estrecho seguimiento del paciente con limitación de exposición a posibles desestabilizadores con la minimización de riesgo de consumo de tóxicos".

A la vista de todo ello, la Magistrada Presidenta tomó motivadamente la decisión que ahora se recurre, pero lo hace "sin perjuicio de que su evolución, en el caso de ser favorable, pueda motivar su modificación en el sentido que resulte procedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Código penal, y así, en su caso, acordar el cumplimiento de tal medida en Centro no penitenciario, tal y como ha venido solicitando su defensa, lo que podrá realizarse a propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que, a tal fin, deberá informar periódicamente a este Tribunal sobre la evolución y progresos del acusado en el tratamiento de su enfermedad, y proponer en su caso la sustitución de la medida impuesta por aquella que se estime más adecuada a las circunstancias que resulten del tratamiento y evolución del enfermo".

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han impugnado el recurso, también por lo que se refiere a su internamiento en centro psiquiátrico que no sea penitenciario, y se han opuesto a su estimación.

La decisión de la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, además de ser plenamente respetuosa con los preceptos que se invocan como infringidos en el recurso, encuentra un adecuado respaldo en la jurisprudencia para supuestos de anomalías psíquicas y de delitos de la clase y de la gravedad de los que se examinan aquí, como es el caso al que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo 2 núm. 526/2018, de 5 noviembre (FD2), que, respecto de un asesinato consumado y de otros dos en grado de tentativa cometidos por un individuo diagnosticado de "trastorno esquizoafectivo caracterizado por percepciones delirantes del entorno y su relación con él e ideas delirantes de perjuicio", para el que el tribunal de instancia había decretado el internamiento por un periodo máximo de 30 años en un centro psiquiátrico penitenciario y la libertad vigilada por un periodo de 5 años más, ante la alegación de infracción de los mismos preceptos que se nos invocan a nosotros, el Tribunal Supremo (2ª) aceptó como legítimas las reservas expresadas por el tribunal respecto a las medidas de seguridad que ofrece el internamiento en centros no penitenciarios, al declarar que:

"En lo que atañe al punto concreto de qué centro es el más adecuado para que sea internado el recurrente, es el Tribunal de instancia el que, en principio, debido a la inmediación y a la circunstancia de ser el órgano judicial del territorio en que se producen los hechos, el que se halla en condiciones idóneas para conocer las circunstancias y prestaciones del centro de internamiento de la ciudad de Burgos que señala la parte como adecuado para que se cumpla la medida. Y desde luego el tribunal sentenciador, a tenor del contenido de la resolución, no acepta el criterio de la defensa del impugnante.

En cualquier caso, es patente que estamos ante un acusado que ha matado a una persona y ha estado a punto de matar a otras dos (se le ha condenado por un homicidio consumado y otros dos en fase de tentativa), sin que en su conducta hubiera ningún motivo de animadversión o enconamiento previos contra las víctimas, estando pues motivada su conducta únicamente por su grave enfermedad mental.

Todo ello significa que el grado de peligrosidad puesto de relieve por el recurrente con sus actos homicidas es muy elevado, lo que determina

que la medida a imponer tiene que ser exquisitamente seleccionada para controlar los gravísimos riesgos que genera una persona con unos padecimientos psíquicos que pueden derivar en nuevas conductas agresivas para la vida e integridad de terceras personas.

Por lo cual, no se considera desproporcionado ni desmesurado que el Tribunal de instancia elija un centro en el que, cuando menos en una primera fase, tenga unos medios que permitan un control exhaustivo de los movimientos del acusado, sin dejar abierta ninguna opción a una posible fuga del interno que pudiera generar nuevos daños personales irreparables para cualquier ciudadano que estuviera en su radio de acción. Todo ello sin perjuicio de que según va transcurriendo el tiempo, se modifique el Centro de internamiento mediante el procedimiento establecido en los artículos 97 y 98 del C. Penal, a resultas de la evolución de la enfermedad del acusado."

En el mismo sentido pueden verse otras resoluciones (Sentencias del Tribunal Supremo 2 núm. 38/2008 de 17 ene. FD5, 482/2010 de 4 mayo FD5, 890/2010 de 8 oct. FD2, 216/2012 de 1 feb. FD1, 728/2016 de 30 sep. FD1).

6. En modo alguno, podemos compartir de ausencia de motivación o motivación aparente en la decisión tomada de que el internamiento se lleve a cabo en Centro Psiquiátrico Penitenciario; menos aún arbitraria, sino absolutamente fundada, pues como establece pacíficamente la doctrina de esta Sala, procura que la medida de seguridad cumplimente simultáneamente su finalidad terapéutica y la protección de la sociedad frente a los riesgos que represente el afectado por la medida en función de su peligrosidad social y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal.

El recurrente pretende que prime de forma absoluta la finalidad terapéutica, con preterición de la necesidad simultánea de conjurar el peligro o riesgo que el mismo representa para los demás, en juicio de pronóstico, donde devienen elementos informantes, la naturaleza de su enfermedad, su historial de ingresos psiquiátricos, otros episodios de heteroagresividad además del enjuiciado, sus hábitos alcohólicos y de consumo de estupefacientes, la interacción entre enfermedad y referidos consumos, así como, los hechos enjuiciados. El parecer del doctor sobre la falta de manifestación en un período más o menos dilatado sobre la ausencia de manifestación de riesgos conductuales, puede indicar que la terapia viene siendo adecuada,

pero no permite concluir que la peligrosidad ha desaparecido y de hecho no se interesa, como procedería de ser esa la conclusión, que concorde los artículos 6 y 95 del Código penal, se deje sin efecto la medida. La doctora forense, al margen de la preferencia terapéutica por un internamiento no penitenciario, reconoce que el riesgo de reiteración criminal "no puede estimarse desdeñable".

Consecuentemente, el motivo tercero se desestima.

7. Desde estos parámetros, igualmente debe ser desestimado el motivo formulado por quebrantamiento de forma por inadmisión de prueba documental presentada en apelación.

Indica el recurrente que dicha prueba se presentó al amparo del artículo 231 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Ministerio Fiscal informa adecuadamente al respecto, que no es posible la invocación y aplicación del artículo 231 Ley de Enjuiciamiento Criminal porque es aplicable al recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias, no contra sentencias y, sobre todo, porque no es norma de aplicación subsidiaria puesto que el recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado cuenta con su propia regulación en los artículos 846 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 que, dicho sea de paso, modificó en esta materia el Libro V e introdujo la reseñada normativa merced a su Disposición Final 2ª; artículos 846 bis y siguientes donde ninguna posibilidad de práctica probatoria se contempla.

Lógicamente, resulta contrario a la naturaleza de este procedimiento la práctica probatoria al margen del Jurado. Si se entendiera que resultara posible porque afecta exclusivamente a las consecuencias jurídicas delito declarado probado y por tanto a las competencias exclusivas de la Magistrada-Presidente, entonces la normativa subsidiaria no sería la prevista para la apelación de autos que resuelven cuestiones interlocutorias, sino la prevista para la apelación de sentencias, artículos 790 y ss. Ley de Enjuiciamiento Criminal, a donde también remite el artículo 846 ter; y el recurrente nada indicaba o adjuntaba en el escrito de interposición del recurso de apelación, como exige el artículo 790.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

8. Además de este óbice procesal, la prueba propuesta en modo alguno resultaba relevante.

Cuatro eran los documentos que se pretendían aportar:

i) La petición de libertad del Sr. Ruperto presentada el día 15 de enero de 2019, fundamentada en la imposibilidad de prorrogar la situación de prisión provisional de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en las sentencias 217/2015, de 22 de octubre, y 84/2018, de 16 de julio.

ii) El auto dictado por la Magistrada-Presidente el día 18 de febrero de 2019, que acordaba la libertad provisional de mi representado y su ingreso en un centro psiquiátrico no penitenciario.

iii) La providencia de 22 de febrero de 2019, en la que se precisaba que el Sr. Ruperto estaba sometido al régimen de internamiento psiquiátrico involuntario previsto por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se informaba al centro de la obligación de remitir, con periodicidad trimestral, un informe evolutivo del interno.

iv) El informe evolutivo del interno, de 9 de abril de 2019.

De ellos, los tres primeros son ya conocidos por el tribunal de apelación y así en el penúltimo párrafo del encabezamiento de la sentencia recurrida se recoge:

El apelante, después de haber estado privado provisionalmente de libertad desde que fue detenido el día 19 mayo 2016, se encuentra en la actualidad en situación de libertad provisional dispuesta por un auto de 18 febrero 2019, si bien se ha decretado en la misma resolución su internamiento de carácter forzoso en un centro psiquiátrico no penitenciario, de conformidad con lo previsto en el artículo 763.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Mientras el cuarto, su informe evolutivo a 9 de abril de 2019, en nada se indica en que varía del emitido a 24 de octubre de 2018 y por qué había de tener la eficacia interesada; y en todo caso, no es la exclusiva conveniencia terapéutica del recurrente, la que debía acreditarse y de la que ya tiene constancia el tribunal de apelación y pondera en su resolución; sino su conciliación con la función preventiva de la peligrosidad que la medida debe también integrar.

De forma, que aunque alguna pertinencia o relevancia hubiese podido tener, en modo alguno devenía tal prueba necesaria. Conviene recordar que al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece la doctrina de esta Sala como la sentencia 545/2014, de 26 de junio, o la 445/2018 de 9 de octubre, entre otras muchas que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el artículo 850.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo) si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori, convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

Consecuentemente el motivo se desestima, pues devenía innecesario recalcar la conveniencia terapéutica del recurrente y carecía de facultad para modificar la parte dispositiva, en cuanto no era apropiado para justificar la conciliación del tratamiento con un efectivo control del riesgo derivado de la peligrosidad del recurrente.

Al margen que no es propio del recurso de apelación contra sentencia que impone medida de seguridad, atender al proceso evolutivo tras el dic-

tado de la sentencia de la persona a quien se le ha impuesto, sino de la fase de ejecución.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 6.2 y 101.1 in fine del Código Penal, por entender que la sentencia de apelación, con su estimación parcial del segundo motivo del recurso de apelación, ha fijado una duración de las medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico y de prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas que sigue suponiendo una duplicidad o acumulación de medidas de la misma naturaleza, recurriendo a criterios analógicos y contraviniendo los límites legalmente previstos.

Cuestiona en definitiva que en el caso de la comisión de una pluralidad de hechos previstos como delito, el plazo máximo de una única medida de seguridad puede fijarse con referencia a la suma de la duración de las penas privativas de libertad abstractamente aplicables a cada uno de los hechos cometidos.

Esta cuestión también ha sido adecuadamente resuelta en la sentencia de apelación.

El Acuerdo Plenario del Tribunal Supremo celebrado el día 31 de marzo de 2009 se establece que: "la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito que se trate". Y en su consecuencia indica la Sentencia del Tribunal Supremo 33/2018, de 23 de enero, que la pena que figura como límite de la medida de seguridad que cabe imponer en caso de exención de responsabilidad criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 101.1 del Código Penal es la que tenga la duración que correspondería de haber sido declarado responsable el autor. Y que esa pena debe ser fijada a estos efectos de establecer el límite de la medida. Pero tal fijación ha de hacerse en abstracto, es decir sin tomar en consideración las circunstancias modificativas. No obstante, cuando se trata de un tipo de ejecución imperfecta, la pena que corresponde es la que vendría determinada por ese dato.

La Sentencia del Tribunal Supremo 526/2018, de 5 de noviembre, en supuesto de un delito consumado de asesinato y otros dos intentados también de asesinato, si bien no examina expresamente la duración de la

medida de seguridad, sí indica que la Sala casacional tiene la función de controlar la legalidad de la adopción de una medida de seguridad de internamiento y el límite máximo de su duración, aunque igualmente reseña que son aspectos que, a tenor del recurso, no cuestionaba la defensa del acusado. Y en dicha ocasión se impuso medida de seguridad consistente en internamiento por un periodo máximo de treinta años, extensión donde no podía llegarse de ponderar aisladamente la pena de prisión que hubiera correspondido por uno de los delitos. Igualmente es el criterio que se sigue en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 482/2010 de 4 mayo, referida a un delito de asesinato y dos de atentados a agentes de la autoridad, donde se impone una única medida de privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por un máximo de 27 años, cifra a la que tampoco se podría llegar de ponderar exclusivamente el asesinato. Como igualmente sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo 730/2014, de 5 de noviembre, donde se establece un límite de 25 años referida a un delito de asesinato consumado y un delito de homicidio intentado, cometidos en 2012, y que por tanto, sólo con la ponderación de la prisión que hubiera correspondido por el asesinato, no habría podido alcanzarse.

La Sentencia del Tribunal Supremo 890/2010, de 8 de octubre, en su segundo fundamento, ya expresamente, indica que la medida de seguridad, ha de ser única, pero en la concreción del límite de su duración deben adicionarse las de prisión que hubieran correspondido por los hechos delictivos cometidos:

(...) en virtud de lo dispuesto en el artículo 101 del Código Penal, procede acordar su internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario por un periodo máximo de 15 años, que es el tope legal previsto para el conjunto de los delitos cometidos, dado lo dispuesto en el artículo. 138y382 del Código Penal, sin que pueda salir del referido centro sin autorización de la autoridad judicial competente.

El motivo se desestima.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ruperto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña, de fecha 30 de mayo de 2019 por la que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Jurado dictada el 3 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera; ello con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en este recurso.

9.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚMERO 370/2020, DE FECHA 03-07-2020

La libertad vigilada se debe imponer atendiendo a la peligrosidad del autor del delito.

SENTENCIA

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por D.^a M. Luz representada por la procuradora D.^a M.^a Luisa y defendido por la letrada D.^a Carmen, siendo recurrido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó el recurso de apelación 6/2019 interpuesto contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona, constituida en Tribunal del Jurado, dimanante del procedimiento de la ley del jurado del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vilanova i la Geltrú por los delitos de asesinato, omisión del deber de impedir delitos y encubrimiento.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vilanova i la Geltrú incoó procedimiento de la ley del jurado núm. 1/2016 por delitos de asesinato, omisión del deber de impedir delitos y encubrimiento contra D.^a M.^a Luz y D. Laureano siendo partes acusadoras el Ministerio Fiscal, Blanca, Elvira y Inés, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de

Barcelona, constituida en Tribunal del Jurado, dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2019 que contiene los siguientes hechos probados:

"Conforme al VEREDICTO DEL JURADO se declaran como hechos probados los siguientes:

En el verano de 2015, M.^a Luz inició una relación sentimental sin convivencia con Saturnino, la cual se prolongó hasta un día no concretado anterior al 31 del mes de mayo de 2016. En la madrugada de este último día, Saturnino y los acusados; Laureano y M.^a Luz, encontrándose en la vía pública, en las inmediaciones del domicilio de M.^a Luz sito en la calle de la localidad de Sant Pere de Ribes, mantuvieron una discusión verbal en la que los hombres se intercambiaron diversos golpes. Tiempo después en la madrugada del mismo día 31 de mayo de 2016, M.^a Luz, Laureano y Saturnino, volvieron a encontrarse en el domicilio de M.^a Luz donde se inició una nueva discusión en el curso de la cual, los acusados; M.^a Luz y Laureano, puestos de común acuerdo en el ánimo de acabar con la vida de Saturnino, o asumiendo que tal desenlace pudiera producirse a resultas de su acción, empuñando uno de ellos un instrumento cortante, valiéndose de la colaboración activa del otro, se acercó a Saturnino y se lo clavó en varias ocasiones en la zona del cuello, la cabeza y el esternón, provocándole la muerte.

Laureano, antes de que el procedimiento se dirigiera contra él, reconoció su participación en la muerte de Saturnino así como en la ocultación de su cadáver.

En el momento en que los anteriores hechos tuvieron lugar, Saturnino estaba divorciado y era padre de Martina, nacida en 1994. Contaba también con tres hermanas mayores de edad, Inés, Blanca y Elvira, con las que no convivía ni existía dependencia económica. Todas ellas han sufrido un daño moral derivado del dolor propio de la pérdida de un familiar en circunstancias violentas."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

“FALLO: 1. En virtud del VEREDICTO DE CULPABILIDAD que el Jurado ha pronunciado CONDENO a los acusados; Laureano y M.^a Luz como autores de un delito de asesinato con las siguientes penas;

1.1. Para Laureano, concurriendo en él, la circunstancia atenuante análoga de confesión, la penal de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a menos de 1000 metros a las personas de; Martina, Blanca, Elvira y Inés, (hija y hermanas de Saturnino), a sus domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros en que puedan encontrarse o sea por las mismas frecuentados, durante el plazo de 20 años (en cinco años superior a la pena de prisión impuesta) y PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE con las citadas hija y hermanas de Saturnino, con quienes no podrá establecer contacto escrito, verbal o visual por ningún medio de comunicación o medio informático o telemático, por tiempo de 20 años (en cinco años superior a la pena de prisión impuesta)

1.2. Para M.^a Luz la pena de 17 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Así como la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a menos de 1000 metros a las personas de Martina, Blanca, Elvira y Inés, (hija y hermanas de Saturnino) a sus domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros en que puedan encontrarse o sea por los mismos frecuentados, durante el plazo de 22 años (en cinco años superior a la pena de prisión impuesta) y PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE con las citadas hija y hermanas de Saturnino, con quienes no podrá establecer contacto escrito, verbal o visual por ningún medio de comunicación o medio informático o telemático, por tiempo de 22 años (en cinco años superior a la pena de prisión impuesta).

2.- CONDENO a los acusados Laureano y M.^a Luz al pago, por mitad, de las costas procesales, con inclusión de las de las acusaciones particulares.

3. En concepto de responsabilidad civil los acusados deberán abonar, conjunta y solidariamente a las personas que se mencionan las siguientes cantidades indemnizatorias, que devengarán todas ellas, el interés legal incrementado en dos puntos, desde la fecha de esta resolución;

1. A Martina, la cantidad de 200.000 euros
2. A Blanca, la cantidad de 6.000 euros
- 3) A Elvira, la cantidad de 6.000 euros
- 4) A Inés, la cantidad de 6.000 euros.

Provéase sobre la solvencia de los acusados

Para el cumplimiento de las penas que se les imponen se declara de abono el tiempo que los mismos hayan estado privados de libertad por esta causa. [...]"

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de D.^a M. Luz, D. Laureano, por el Ministerio Fiscal y por D.^a Blanca, D.^a Inés y D.^a Elvira, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 28 de octubre de 2019, en la apelación contra la causa jurado, cuyo Fallo es el siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA

La SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de M. Luz y Laureano contra la sentencia dictada en fecha 6 de marzo de este año por la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento, derivado de la Causa de Jurado del Juzgado de Instrucción núm.4 de Vilanova i la Geltrú.

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la dicha sentencia, en el sentido de condenar a ambos acusados, además de a las penas. Previstas en la resolución, a la medida de Libertad Vigilada, con posterioridad al cumplimiento de las penas privativas de libertad, por un periodo de 10 años

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por las representaciones de Blanca y Inés Y Elvira.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia. [...]"

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. ^a M. Luz que se tuvo por 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo primero: Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se plantea vulneración del artículo 24.2 por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo segundo: Al amparo del artículo 849 primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción de ley de los artículos 106 y 140 bis del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso interpuesto de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 3 de marzo de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Por Providencia de esta Sala de fecha 5 de junio de 2020 se señala el presente recurso para fallo para el día 2 de julio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación de la dictada por el Tribunal de jurado que condenó a la recurrente, y otro no recurrente, como autores de un delito de asesinato. El Tribunal Superior de Justicia estima la impugnación del Ministerio Fiscal para incluir en el fallo condenatorio la consecuencia jurídica de libertad vigilada a ejecutar tras la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia.

La recurrente formaliza un primer motivo en el que plantea la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por insuficiente motivación del objeto del veredicto.

El motivo carece de contenido casacional y será desestimado. La recurrente ya anticipa, al inicio de su impugnación la dificultad que le plantea la formalización del recurso, pues concurre la precisa motivación, a lo que hemos de añadir que la lectura de la sentencia dictada por el Tribunal de

Jurado, y la del Tribunal Superior de Justicia son expresivas de un correcto ejercicio de la función jurisdiccional del enjuiciamiento, exponiendo los hechos declarados probados, consecuencia del veredicto aprobado por el Jurado, y con análisis de la actividad probatoria y de la subsunción de los hechos en los tipos penales objeto de la acusación. El motivo es reiteración del que ya fue objeto de análisis en el recurso de apelación y resuelto en la sentencia impugnada. El fundamento primero de la sentencia impugnada expone la prueba valorada y la racionalidad expresada en la motivación de la sentencia del Tribunal de Jurado. Concreta su pretensión respecto a los apartados 3 y 5 del objeto del veredicto, afirmando que se limitan a identificar las fuentes probatorias, tratándose de indicios que considera insuficientes para la afirmación contenida en el relato fáctico de la sentencia.

El Tribunal de Jurado expone las fuentes de su convicción, a partir de los mensajes de telefonía entre el fallecido y la recurrente, que habían sido pareja; el hecho de permanecer en la vivienda el fallecido y los dos acusados; las declaraciones de los funcionarios policiales y la pericial del médico forense sobre la etiología de la muerte. A partir de esos elementos de convicción el tribunal ha motivado su convicción desde una argumentación racional que ha sido expuesta profusamente en la sentencia del Jurado y en la del Tribunal Superior de Justicia que no son discutidas en la impugnación, al limitarse a exponer que considera insuficiente las deducciones sobre las conversaciones contenidas en los correos detectados en el móvil, y la insuficiencia de la presencia de los dos acusados en el lugar de los hechos.

Hemos de recordar que la casación es un remedio procesal dirigido a unificar la interpretación de la ley proporcionando al sistema jurídico la necesaria observancia de los principios fundamentales ligados a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y a la seguridad jurídica. Se pretende que un tribunal, el de casación, unifique la interpretación de la ley asegurando la vigencia de los anteriores principios y proporcionando a la ciudadanía la necesaria seguridad de la interpretación de la norma y el principio de igualdad, principios que constituyen valores supremos del ordenamiento jurídico y aparecen consagrados en el Título preliminar de la Constitución. El sistema penal, al dotarse de la segunda instancia, satisface el derecho de la revisión de los pronunciamientos condenatorios, conforme es exigido por los tratados internacionales de los que España

forma parte, a partir de una primera instancia de enjuiciamiento, y una revisión del pronunciamiento dictado a través del recurso de apelación. El recurso de casación cumple una finalidad de unificación de interpretación de la norma, como una policía jurídica, y al tiempo satisface también las demandas de pretensión de revisión articulada sobre la vigencia del derecho fundamental, pero desde una visión principalmente referida a la consolidación de la interpretación de la norma y, en menor medida, a la satisfacción del derecho concreto a la revisión del pronunciamiento de condena. De lo expuesto resulta del ámbito de la revisión que puede efectuarse desde esta Sala de casación se contrae a la sentencia que es objeto del recurso, esto es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Por otra parte, el ámbito de lo revisable no es lo sujeto a la percepción inmediata de la prueba o, incluso, a la valoración que pueda realizarse de la prueba, sino que el ámbito de actuación de la casación es el análisis de la estructura racional de la valoración de la prueba expresado en la motivación de la sentencia.

La motivación de las sentencias es expresiva de una correcta realización de la función jurisdiccional del enjuiciamiento de los hechos con observancias de las garantías propias del contenido esencial de los derechos fundamentales. En la motivación destaca las conversaciones por medio de móvil con continuos reproches y amenazas; la presencia de los tres, los acusados y la víctima, en la calle donde se pelearon, y la continuación de la disputa en el domicilio de la recurrente donde falleció. La pericial de recogida de muestras es expresiva de la presencia de los tres en la vivienda de esta recurrente donde se produjo el resultado típico. La pericial sobre la recogida de muestras evidencia la presencia de los tres en la vivienda donde se produjo el fallecimiento.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria y la correcta racionalidad del análisis de la prueba, hacen que el motivo deba ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia el error de derecho producido en la sentencia al imponer en la condena la medida de seguridad del artículo 140 bis, la posibilidad de la imponer la medida de libertad vigilada. Denuncia como indebidamente aplicado el artículo 140 bis y el artículo 106 del Código Penal.

La medida de seguridad no se impuso en la primera instancia y fue recurrida en apelación e impuesta por el Tribunal Superior de Justicia. Argumenta la recurrente que el tribunal de la primera instancia no la impuso sobre la siguiente consideración "no se encuentran razones que doten de una mínima racionalidad al juicio de peligrosidad sobre el que necesariamente ha de apoyarse la medida de libertad vigilada", conclusión a la que llega después de rechazar peligrosidad en los autores delito que obedeció "a un concreto impulso delictivo que se proyectó sobre una específica víctima sin que quepa considerar que en futuro, una vez cumplido el esperado efecto rehabilitador de la prisión, pueda reproducirse el comportamiento delictivo". El Tribunal Superior de Justicia, en el recurso de apelación, estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que planteó la revisión de la sentencia en esta particular y tras recordar que la imposición de la medida nada tiene que ver con la reincidencia, señala que "no puede obviarse que en el escenario en el que se han producido los hechos (ex pareja y nueva pareja de la acusada) bien puede producirse en el futuro los desarreglos amorosos a los que finalmente llegaron, la acusada y la víctima".

Sostiene la recurrente el error en la aplicación de la medida de seguridad con un planteamiento basado en el error del juicio de probabilidad del Tribunal Superior de Justicia al revocar una decisión tomada por el tribunal que percibió con inmediatez a los acusados y que ha realizado un juicio de probabilidad que considera más adecuado a la realidad del enjuiciamiento.

El motivo será estimado.

La libertad vigilada se introdujo en nuestro Código Penal tras la reforma de la Ley Orgánica 5/10 de 22 de junio, siendo posteriormente modificada para ampliar su ámbito de aplicación por la Ley Orgánica 1/2015. Se insertó en el Título IV del Libro Primero del Código Penal, relativo a las medidas de seguridad, en sus artículos 98, 105 y 106. La libertad vigilada pivota alrededor del concepto de peligrosidad y resulta aplicable no sólo respecto los pronósticos de peligrosidad del individuo relacionados con estados de insanidad que han determinado su inimputabilidad o semii-imputabilidad, concepto clásico y propio de la libertad vigilada, sino, y aquí residió la novedad de la reforma del Código Penal de 2010, cuando la peligrosidad se deriva del específico pronóstico de un sujeto imputable (responsable y capaz de culpabilidad) en relación con la naturaleza delito cometido, esto es, en la peligrosidad del individuo una vez ya ha cometido un delito. Por lo tanto, ya no estamos únicamente ante medidas alternativas

a la pena de prisión o para cumplir con carácter previo a la pena, supuesto de inimputables o semi-inimputables, sino que se ejecutarán una vez cumplida ésta, es la modalidad post-penitenciaria.

Corresponde al juez o tribunal sentenciador la imposición de la medida pero su concreción se desarrolla en un momento anterior a la finalización de la prisión con intervención del juez de vigilancia penitenciaria.

Esta Sala ha tratado en varias Sentencias la problemática derivada de esta medida de seguridad (véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 768/2014, de 11 de septiembre de 2014, 608/2015, de 20 de octubre, 609/2015, de 14 de octubre). La novedad del nuevo sistema de la medida de seguridad radica en que el pronóstico de peligrosidad que la justifica se va a derivar, no sólo de la posible imputabilidad del autor, como sucede en el resto de las medidas de seguridad, sino también de un pronóstico futuro con relación a su posible peligrosidad de un sujeto imputable, y que se establece en relación con la naturaleza del hecho cometido y amparado con una previsión expresa en la norma legal. Se establece como obligatoria para los delitos contra la indemnidad sexual y los delitos terroristas, incluyendo para ambos una versión potestativa de la misma cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un solo delito no grave. Es potestativa en los delitos de asesinato y en el de lesiones cometidas en el marco de violencia de género, y ese carácter de imposición potestativa exige un ponderado pronóstico de peligrosidad en relación con la naturaleza del delito lo que exigirá un análisis de las circunstancias que rodean el hecho delictivo, motivación, detonante, actitudes, y, también, de las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al autor y a la víctima, su personalidad, antecedentes previos, incumplimientos, en su caso, de órdenes de alejamiento, conflictividad familiar, y demás circunstancias concurrentes que ayuden a valorar esa peligrosidad y el peligro para la víctima o futuras víctimas, factor de protección que también está presente como criterio a indagar a la hora de adoptar alguna de las penas accesorias del artículo 57 del Código penal. Ese ponderado análisis puede ser objeto de revisión y control de legalidad examinando el correcto ejercicio de la facultad previsto en el Código.

Esta especial consideración exige que, tanto desde la pretensión de condena, como desde la sentencia que la impone, se motive la medida de libertad vigilada en base a esa peligrosidad analizando los indicadores de la peligrosidad que deben abarcar tanto la naturaleza del delito como su gravedad

y circunstancias, así como las circunstancias del autor lo que hace preciso unos apoyos en ciencias humanas para afinar en los criterios que permitan valorar de una forma rigurosa y adecuada la conducta y la peligrosidad de estas personas.

En definitiva, la medida de seguridad se impone en atención a la peligrosidad del autor del delito, por el riesgo de reiteración de actos de violencia, con la particularidad de que la pena accesoria se impone directamente en la sentencia y se concreta al finalizar la pena privativa de libertad a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, a partir de la valoración de los informes de los facultativos y profesionales que asistan al sujeto afectado y a las Administraciones Públicas competentes. En todo caso, el fundamento en la peligrosidad requiere un pronóstico de peligrosidad razonable basado en criterios.

En la sentencia impugnada se revoca la decisión dictada por el órgano que ha percibido directamente la prueba y que ha tenido en su presencia al acusado, y para ello no se realiza ninguna ponderación de los presupuestos de aplicación, y se limita a señalar como único fundamento la posibilidad de una nueva relación respecto a la que pueden surgir problemas de convivencia, criterio que, desde la perspectiva expuesta, es insuficiente.

Frente a un razonamiento en la sentencia del Tribunal del Jurado en la que se denuncia la concurrencia de la medida de libertad vigilada argumentando por las acusaciones no expusieron las razones que justificara la medida y la observancia sobre el carácter aislado y derivado de un concreto impulso, que justifica la falta de peligrosidad o la no acreditación de su concurrencia, el Tribunal Superior de Justicia, al estimar la apelación, refiere que había que analizarlo después de la ejecución de la pena, lo que se compadece con el sentido de la condena que enjuicie un hecho, y que "no cabe deducir de los acusados la ausencia de peligrosidad", cuando lo procedente sería su análisis, al tiempo del juicio, de la peligrosidad de la persona enjuiciada.

Consecuentemente, la falta de un razonamiento preciso sobre la concurrencia de los elementos de la imposición de los condenados lleva a la estimación de la pretensión de los recursos que se nos solicita.

En aplicación del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la supresión acordada aprovechará al condenado no recurrente.

FALLO

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

1.º) Estimar parcialmente el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de D.^a M.^a Luz, contra sentencia de dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 28 de octubre de 2019.

2.º) Declaramos de oficio a la recurrente al pago de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución al Tribunal de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

RECURSO CASACIÓN

En Madrid, a 3 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación procesal de D.^a M.^a Luz, siendo recurrido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona, constituida en Tribunal del Jurado, dimanante del procedimiento de la ley del jurado del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vilanova i la Geltrú por los delitos de asesinato, omisión del deber de impedir delitos y encubrimiento, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el fundamento segundo de la primera sentencia, procede estimar parcialmente el motivo segundo invocado por la representación procesal de D.^a M. Luz sobre el error en la aplicación de la medida de seguridad con un planteamiento basado en el error del juicio de probabilidad del Tribunal Superior de Justicia al revocar una decisión tomada por el tribunal que percibió con inmediación a los acusados y que ha realizado un juicio de probabilidad que considera más adecuado a la realidad del enjuiciamiento.

En aplicación del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la supresión acordada aprovechará al condenado no recurrente.

FALLO

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

1.º) Ratificar las condenas impuestas por los delitos que han sido objeto de la sentencia condenatoria suprimiendo del mismo la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta a ambos condenados.

2.º) Declarar de oficio las costas de esta causa.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

10.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN TERCERA, DE FECHA 05-01-2012

El plazo impuesto en medida de internamiento debe considerarse como tope máximo de duración temporal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada en este procedimiento el día 29 de diciembre de 2010, que ha devenido firme tras ser confirmada al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra ella, se impuso a Efraín la medida de seguridad de internamiento en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario por un plazo máximo de tres años.

Con fecha 15 de septiembre de 2011 en el curso de la ejecución de dicha medida de seguridad, se dictó Auto por el Juzgado de Penal nº 1 de Sevilla, por el que se acordó el mantenimiento de la misma.

Por la procuradora Sra. De Carrión en nombre y representación de Efraín, se interpuso recurso de apelación frente a dicha resolución, del que se dio traslado al M. Fiscal que hizo alegaciones, impugnándolo e interesando su desestimación.

Turnado el recurso a este Tribunal, se remitió la causa, formándose rollo y designándose Ponente a la Magistrada Ilma. Sra. Jurado.

Tras la oportuna deliberación, la Sala acordó resolver como a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se pretende por el apelante se deje sin efecto el auto de 15 de septiembre de 2011, por el que se acordó el mantenimiento de la medida de seguridad de internamiento en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla por un plazo máximo de 3 años, impuesta a Efraín, resolución que hemos de confirmar, pues dicho plazo de tres años de internamiento debe considerarse como tope máximo de duración temporal pero no, como parece deducirse del escrito de recurso, como de internamiento ineludible, inexcusable y fijo, siendo así que la forma de cumplimiento de dicha medida quedará condicionada o determinada por lo que sobre dicho paciente

determinen los profesionales médicos-psiquiatras lo están tratando en el Centro donde se encuentra ingresado, los cuales, como constan en el testimonio remitido para la resolución de este recurso, ya en sendas ocasiones han remitido al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria propuestas de salidas terapéuticas con carácter general con horario diurno y pernocta en el centro y por dicho Juzgado en resoluciones de fecha 2 de marzo y 11 de agosto de 2011, se acordó aprobar dichas propuestas de salidas terapéuticas del Sr. Efraín, lo que implica que todo ello se hace teniendo presente el superior interés de dicho paciente.

Por lo expuesto el auto recurrido, datado el 15 de septiembre de 2011 debe ser confirmado y mantenido al ser correcto y procedente lo acordado en él, y ello partiendo del principio general conforme al cual las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, tal como señalan los artículos 988 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo lo cual conduce a desestimar el presente recurso.

SEGUNDO.- No existen motivos de temeridad o mala fe para la imposición de las costas de esta alzada al recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. De Carrión en nombre y representación de Efraín contra el Auto de fecha 15 de septiembre de 2011, resolución que se confirma íntegramente, con declaración de oficio de las de las costas de esta alzada.

11.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 27-06-2016

No se puede avalar jurídicamente un "ingreso transitorio en prisión" hasta que se pueda materializar su traslado a un hospital psiquiátrico penitenciario.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra integrada por los Magistrados y la Magistrada que al margen se expresan, ha visto en trámite contradictorio el presente Rollo penal de Sala, dimanante de Ejecutoria penal, expediente de ejecución procedente del Juzgado de lo Penal Nº 5 de Pamplona/Iruña en el que se sustancia el recurso subsidiario de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. José, obrando en nombre y representación procesal del condenado Sr Ambrosio, defendido por la Letrada Señora Virginia, frente al Auto de 19 de mayo, en el que con desestimación del recurso de reforma interpuesto frente al Auto de 4 de mayo pasado, se confirma la resolución en la que se acuerda:

“...que el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta Ambrosio sea en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, siendo Instituciones Penitenciarias quien determine si debe serlo el de Alicante o Sevilla, acordando a tal efecto y entre tanto se decide por la citada Administración el lugar para el cumplimiento de la medida de seguridad que sea trasladado al Centro Penitenciario de Pamplona, donde permanecerá hasta su traslado al Hospital Psiquiátrico que corresponda.

A tal efecto librese oficio a la Policía Foral para que procedan al traslado del penado desde la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital de Navarra hasta el Centro Penitenciario de Pamplona y mandamientos de ingreso en prisión en el Centro Penitenciario, indicando que su ingreso es a los efectos de su traslado a un Hospital Psiquiátrico Penitenciario.”.

Es recurrido el Ministerio Fiscal.

La acusadora particular Sra. Blanca, representada procesalmente por la Procuradora Sra. Sagrario y asistida por el Letrado Sr. José Javier.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presiente de la Sección D. JOSÉ FRANCISCO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. José, obrando en nombre y representación procesal del condenado Don Ambrosio, interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación frente al interpuesto frente al Auto de 4 de mayo pasado, en el que se acuerda:

“que el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta Ambrosio sea en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, siendo Instituciones Penitenciarias quien determine si debe serlo el de Alicante o Sevilla, acordando a tal efecto y entre tanto se decide por la citada Administración el lugar para el cumplimiento de la medida de seguridad que sea trasladado al Centro Penitenciario de Pamplona, donde permanecerá hasta su traslado al Hospital Psiquiátrico que corresponda.

A tal efecto líbrese oficio a la Policía Foral para que procedan al traslado del penado desde la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital de Navarra hasta el Centro Penitenciario de Pamplona y mandamientos de ingreso en prisión en el Centro Penitenciario, indicando que su ingreso es a los efectos de su traslado a un Hospital Psiquiátrico Penitenciario”.

El mismo después de su trámite en el que fue impugnado por el Ministerio Fiscal y al que se adhirió la representación procesal de la acusadora particular Doña Blanca, se desestimó por Auto de 19 de mayo.

En el trámite de alegaciones complementarias: el Ministerio Fiscal reiteró sus anteriores alegaciones mientras que la representación procesal de la acusadora particular manifestó nuevamente su adhesión al recurso.

SEGUNDO.- Enviados los autos a este Tribunal y turnados a la presente Sección, se formó el Rollo Penal de sala 39/16, habiéndose procedido a la deliberación y resolución del mismo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso, se han observado, las prescripciones legales.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

No se aceptan los razonamientos jurídicos de los Autos de 4 y 19 de mayo pasado en cuanto se opongan a lo que a continuación se razona.

PRIMERO.- La cuestión a dilucidar en el presente recurso, radica en determinar si es ajustada a derecho la decisión adoptada en el Auto de 4 de mayo, de ingreso en el centro penitenciario de Pamplona del condenado, a una medida de seguridad privativa de libertad consistente en sometimiento a tratamiento adecuado para la patología que padece y que como veremos se impone en régimen de internamiento, en tanto en cuanto por la Dirección de Instituciones Penitenciarias, se decide si debe ser ingresado en el hospital psiquiátrico penitenciario de Alicante o Sevilla.

Para encuadrar nuestra resolución reseñaremos los principales hitos procesales de la ejecutoria y que conducen a la adopción de la resolución que se impugna:

A.- En la sentencia dictada de conformidad con fecha 3 de marzo, se le impuso Don Ambrosio, medida de seguridad privativa de libertad consistente en sometimiento a tratamiento adecuado para la patología que padece que en caso de ser de internamiento tendría una duración por el tiempo máximo de cuatro años y 10 meses.

B.- El mismo día 3 de febrero se dictó Auto en el que después de valorarse el contenido del artículo 99 del Código penal, se argumentaba que: "...nos encontramos con un penado que hasta la fecha no han manifestado el centro médico donde va a cumplir la medida de seguridad privativa de libertad, lo que justifica el cumplimiento de la pena de prisión hasta tanto se consiga un centro médico donde poder cumplir esa medida". Acordando el cumplimiento de la pena de prisión –por el delito de allanamiento de morada a ocho meses; por el delito de maltrato no habitual cuatro meses y 15 días y por el delito continuado de quebrantamiento de condena cinco meses–: "...en tanto se obtiene un centro médico donde cumplir la medida de seguridad privativa de libertad impuesta en sentencia".

C.- Después de diversas incidencias mediante Auto de fecha 3 de marzo se dispuso la puesta en libertad del penado el día 4 de marzo a las 10 horas, para que se procediera a su traslado a la sección de psiquiatría A del Complejo Hospitalario de Navarra al objeto de que "...procedan al internamiento del mismo para que evalúen a esta persona y determinen el recurso adecuado para su tratamiento".

D.- Por la UHP, se comunicó con fecha 15 de marzo, al Juzgado que Don Ambrosio "...ha sido trasladado el día 15 de marzo de 2016 al Centro Larraigoa para continuar el tratamiento".

E.- Después de diversas comunicaciones mantenidas entre el juzgado y la "Comunidad Terapéutica Larraigoa - Antox", que dio cuenta de diversas incidencias surgidas en el tratamiento y detallada referencia al comportamiento en el Centro Don Ambrosio, quien salió del centro el 5 de abril y fue derivado por decisión de la Comunidad Terapéutica al centro de salud mental de Ansoáin donde según se expresa en el informe del Centro de fecha 5 de abril "...Tiene cita con su psiquiatra de referencia doctor Higinio a las 14 horas". Mediante Auto de 7 de abril, se acordó el inmediato reingreso del penado en la "Comunidad Terapéutica Larraigoa - Antox".

Por este recurso se comunicó al Juzgado con fecha 16 de abril que Don Ambrosio "...ha salido de la misma, tras provocar incendio en el centro, después de llevar dos días y medio sin tomarse la medicación", igualmente que "...por indicación de la médico del centro Olga..., en coordinación con la médico del 112, se ha decidido el traslado de dicho paciente a la unidad de hospitalización psiquiátrica para su estudio y contención".

F.- Don Ambrosio, fue dado de alta con fecha 21 de abril en la Unidad Hospitalaria Penitenciaria.

Mediante Providencia de fecha 22 de abril, se acordó dar traslado a las partes al objeto de que se pronunciarán sobre la solicitud de cambio de tipo de medida de seguridad conforme al artículo 97 del Código Penal.

G.- Evacuado el expresado traslado, en el que informó la representación procesal del condenado, el Ministerio Fiscal y la representación de la acusadora particular, mediante Auto de 4 de mayo se dispuso:

"...que el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta Ambrosio sea en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, siendo Instituciones Penitenciarias quien determine si debe serlo el de Alicante o Sevilla, acordando a tal efecto y entre tanto se decide por la citada Administración el lugar para el cumplimiento de la medida de seguridad que sea trasladado al Centro Penitenciario de Pamplona, donde permanecerá hasta su traslado al Hospital Psiquiátrico que corresponda.

A tal efecto líbrese oficio a la Policía Foral para que procedan al traslado del penado desde la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital de Navarra hasta el Centro Penitenciario de Pamplona y mandamientos de ingreso en prisión en el Centro Penitenciario, indicando que su ingreso es a los efectos de su traslado a un Hospital Psiquiátrico Penitenciario".

En el fundamento del derecho de la resolución después de citarse los artículos 97 y 98 del Código Penal, se argumentaba:

"...En este caso, procede acordar el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, siendo Instituciones Penitenciarias quien deberá determinar si es el Centro de Alicante o de Sevilla, ya que nos encontramos con un penado que debe cumplir en primer lugar una medida de seguridad privativa de libertad, sin que por parte de los Servicios Sanitarios del Gobierno de Navarra se disponga de lugar adecuado para su cumplimiento, no existiendo dentro del Centro Penitenciario de Pamplona un Centro Psiquiátrico, ni teniendo el citado centro la condición de hospital psiquiátrico, por lo que, valorando, igualmente, la conducta del penado que ha provocado un incendio en el Centro Larraingoa donde hasta ahora estaba cumpliendo la medida de seguridad, no queda otra solución que acordar el cumplimiento de la medida en el Centro Psiquiátrico indicado.

No procede acordar el cambio de la medida a una medida no privativa de libertad, como apunta, como segunda opción el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, ya que a pesar de lo indicado en el informe del Hospital de Navarra, en el sentido de no estar descompensado el penado, es evidente su peligrosidad dada la conducta evidenciada en el Centro donde hasta ahora estaba cumpliendo la medida de seguridad, además de lo contradictorio del informe médico que por un lado indica que no es necesario el que siga ingresado en un Centro Médico y por otro lado interesa su traslado a un Centro Penitenciario.

A tal efecto y dado que el penado se encuentra en este momento ingresado en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital de Navarra, deberá procederse a su traslado inmediato al Centro Penitenciario de Navarra, para su posterior traslado al Hospital Psiquiátrico Penitenciario que Instituciones Penitenciarias determine, bien, Alicante o bien Sevilla".

H.- Por la representación procesal del condenado Don Ambrosio se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, alegando que:

"...interesa a esta parte se mantenga el cumplimiento de la medida de seguridad dictada en sentencia en el Centro Larraingoa, ya que los hechos descritos del incendio han sido un caso aislado, debiendo ponderar beneficios de mejora contra los perjuicios del penado en caso de traslado a otra

Comunidad, estando lejos de su entorno familiar que es su red de apoyo esencial en su recuperación".

Fue impugnado por el Ministerio Fiscal y se adhirió la representación procesal de la acusadora particular Doña. Blanca.

I.- El recurso de Reforma se desestimó por Auto de 19 de mayo, en el que se razona:

"...Procede desestimar el recurso de reforma formulado por la representación procesal del penado por los argumentos que se utilizan en el auto recurrido que se dan por reproducidos al objeto de evitar reiteraciones innecesarias, a lo que cabe añadir:

1.- Como indica el Ministerio Fiscal, no se cuenta en la Comunidad Foral de Navarra con ningún Centro Psiquiátrico Penitenciario, habiéndose indicado por el Centro Larraingoa la imposibilidad de cumplir la medida en el citado Centro, siendo el mismo el que desde el Servicio Navarro de Salud se consideraba el adecuado para la patología del penado, no habiéndose obtenido el resultado pretendido.

2.- De igual modo y como indica el Ministerio Fiscal, el suceso acaecido en el Centro Larraingoa no cabe considerarlo como de una importancia menor, al encontrarnos ante un incendio de envergadura, con el consiguiente peligro.

3.- Se desconoce la concreta situación familiar del penado, pero lo cierto es que hasta la fecha la presencia de su familia no ha supuesto mejora alguna en su situación, por lo que la cercanía a la familia no cabe considerarla como una razón suficiente para no acordar el cumplimiento el Centro Psiquiátrico Penitenciario, tal y como se acordó en el auto recurrido".

En el trámite de alegaciones complementarias: el Ministerio Fiscal reiteró sus anteriores alegaciones mientras que la representación procesal de la acusadora particular manifestó nuevamente su adhesión al recurso.

SEGUNDO.- El recurso planteado, merece favorable acogida, si bien por razones diversas a las alegadas por el recurrente.

En efecto, en el auto de 4 de mayo se descarta la opción propuesta por la representación procesal Don Ambrosio, para que se mantuviera el cumplimiento de la medida de seguridad en la "Comunidad Terapéutica Larraingoa - Antox".

En el informe de 28 de abril del Ilustrísimo Señor Juez de Vigilancia Penitenciaria de Pamplona, se sugiere como alternativa que cabría la posibilidad de: "...Sustituir la Medida de Seguridad Privativa de Libertad por otra No Privativa de Libertad, régimen Ambulatorio, debiéndose en tal caso valorar si su ejecución sería o no compatible con el cumplimiento en la Prisión de las Penas Privativas de Libertad impuestas". Pero por el Juzgado de lo Penal no se opta por la misma, sino que se entiende que debe permanecer la Medida de Seguridad Privativa de Libertad y no siendo posible materializarla en un recurso externo de esta Comunidad se acuerda su ejecución en uno de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios posibles, Alicante o Sevilla.

Ninguna objeción a este criterio, nuestra discrepancia se centra en la disposición por la cual se establece que: "entre tanto se decide por la citada Administración el lugar para el cumplimiento de la medida de seguridad que sea trasladado al Centro Penitenciario de Pamplona, donde permanecerá hasta su traslado al Hospital Psiquiátrico que corresponda".

No podemos avalar el por decirlo gráficamente "ingreso transitorio en prisión", hasta que por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias se decida en cuál de los dos hospitales psiquiátricos debe ser ingresado.

Esta resolución afronta sin título legal habilitante al derecho de libertad personal Don Ambrosio, contradice el sistema vicarial de ejecución de penas y medidas de seguridad configurado en el artículo 99 del Código Penal desde su origen y en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/95 y la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003.

La decisión en este extremo, carece de habilitación legal y así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 217/2015 de 22 de octubre, precedente de plena aplicación en el caso que nos ocupa, porque en él se estima el recurso de amparo interpuesto por una persona a quien se le impuso una medida de seguridad de internamiento y se prorrogó la situación de prisión provisional en tanto se resolvía el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia condenatoria por el solicitante de amparo .

Aplicada la expresada doctrina y en las concretas circunstancias del caso, entendemos que la exigencia de habilitación legal supone que la medida ha de estar prevista en el ordenamiento y se ha de aplicar únicamente a los supuestos expresamente contemplados por la ley. Ninguno de estos dos requerimientos concurre, por ello el recurso de ser estimado en el sentido

de disponer la excarcelación Don Ambrosio, para su traslado a la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital de Navarra, hasta su ingreso definitivo en el Hospital Psiquiátrico Penitenciarios de Alicante o Sevilla.

TERCERO.- Por las razones que acabamos de expresar el recurso de apelación que hemos examinado, ha de ser estimado, declarando de oficio las costas procesales causadas en su tramitación –párrafo segundo del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal precepto aplicado por analogía–.

III.- PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda ESTIMAR, el recurso subsidiario de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. José, obrando en nombre y representación procesal del condenado Don Ambrosio, frente al Auto de 19 de mayo, en el que se desestima el recurso de reforma interpuesto frente al Auto de 4 de mayo pasado, dictado por el Juzgado de lo Penal Nº 5 de Pamplona/Iruña Ejecutoria penal, expediente de ejecución.

REVOCANDO y DEJANDO SIN EFECTO DICHOS AUTOS; DISPONIENDO EN SU LUGAR que se proceda a la excarcelación Don Ambrosio, para su traslado a la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital de Navarra, hasta su ingreso definitivo en el Hospital Psiquiátrico Penitenciarios de Alicante o Sevilla.

12.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA, SECCIÓN TERCERA, DE FECHA 07-02-2017

Recordatorio de la jurisprudencia en materia de requisitos para la imposición de medidas de seguridad.

Vistos por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los autos de Juicio Rápido, seguidos ante el Juzgado de lo Penal nº 2 de Córdoba, dimanante de las Diligencias Urgentes del Juzgado de Instrucción nº 3 de Lucena, siendo apelante Juan Manuel, asistido del Letrado Sr. CORTES y representado por la Procuradora Sra. GARCÍA siendo parte el Ministerio Fiscal y ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FÉLIX.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal nº 2 de Córdoba se dictó sentencia con fecha 4/11/16, en la que constan los siguientes Hechos Probados: "Sobre las 13,00 horas del día 10 de octubre de 2016, el acusado Juan Manuel, al personarse una dotación de la guardia civil en calle Benamejé de la localidad de Rute por un altercado en el que intervenían algunos de sus familiares se abalanzó sobre el agente con una barra de cobre y le golpeó con ella en la cabeza, a consecuencia de lo cual el mismo sufrió herida y contusión en el tabique nasal, que requirió para su curación una primera asistencia facultativa, tardando en curar 5 días de los cuales 1 resultó impositivo para sus actividades.

Al momento de cometer los hechos, el acusado sufría una deficiencia psíquica denominada retraso mental moderado con alteraciones de conducta que le privaba de sus funciones psíquicas fundamentales, esto es, de inteligencia y voluntad.

Durante la agresión, quedaron fracturadas las gafas de sol del agente, lo que se ha tasado en 60 euros".

SEGUNDO.- En la expresada sentencia consta el siguiente Fallo: "Que debo condenar a Juan Manuel, en concepto de autor de un delito de atentado y delito leve de lesiones, ya definidos, con la concurrencia de la exi-

mente del artículo 20.1. del Código penal de anomalía psíquica, también definida, a la medida de seguridad de 1 año de internamiento en centro adecuado a su situación mental y a la pena de 40 días de multa a razón de una cuota diaria de 4 euros respectivamente, así como al abono de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar al agente de la Guardia Civil en la cantidad de 220 euros por las lesiones y 60 euros por los daños causados."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de Juan Manuel, que fue admitido a trámite; puesta de manifiesto la causa al Ministerio Fiscal, se opuso al citado recurso.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera, formándose el correspondiente rollo de apelación.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal dictó sentencia por la que se condenó al acusado Juan Manuel como autor de un delito de atentado y otro delito leve de lesiones, apreciando la concurrencia de la eximente completa de alteración mental por anomalía psíquica prevista en el artículo 20.1 del Código penal, a la medida de seguridad de 1 año de internamiento en centro adecuado a su situación mental.

El apelante impugna la mencionada sentencia alegando, en síntesis, que no concurren los presupuestos legalmente previstos para la imposición de la referida medida, puesto que no se ha acreditado la existencia de una situación de peligrosidad en el penado que justifique la misma, habiéndose limitado el juzgador a imponer la medida conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. También se dice que el recurrente se encuentra encua-

drado en una familia estable, la cual se ocupa de él e impide la realización de hechos delictivos por su parte. Y que sus antecedentes penales tampoco justifican la imposición de la medida, al tener sólo una pena impuesta en el año 2006 y otra por delito de quebrantamiento en 2011. Es por todo ello que solicita cualquier otra medida de seguridad distinta de la de internamiento que le ha sido impuesta.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso, considerando justificada la medida de seguridad impuesta en atención a los hechos probados de la sentencia, a los informes que obran en las actuaciones y a la gravedad de los hechos por los que ha sido condenado el recurrente.

SEGUNDO.- Siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 1-2-2012, son varios los preceptos que dedica el Código Penal a regular este tipo de medidas de seguridad. Así, tras afirmarse con carácter general en el artículo 1.2 que "las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley", añade el artículo 3.2 que "tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". Es el artículo 6 el que especifica cuál ha de ser el fundamento de su adopción, basado en la "peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito", no pudiendo resultar "ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".

Al detallar en qué podrán consistir estas medidas, distingue el Código Penal, bajo un sistema «*numerus clausus*», entre formas privativas y no privativas de libertad (artículos 95 y ss. del Código penal). En el caso del recurrente, se ha optado por aplicar, de entre las primeras, un internamiento en centro adecuado a su estado mental, con amparo en el artículo 101 del Código penal, a cuyo tenor: 1. "Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96.....".

De acuerdo con dichos preceptos, son necesarios los siguientes requisitos para que pueda acordarse por un tribunal de justicia una medida de seguridad de internamiento en un centro para tratamiento médico: 1.º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (artículos 6.1 y 95.1.1ª), puesto que han desaparecido de nuestra legislación las medidas de seguridad predelictuales. 2.º Que ese delito aparezca sancionado en la ley penal con pena privativa de libertad (artículo 95.2). 3.º Que haya peligrosidad criminal (artículo 6.1) o, como dice el artículo 95.1.2ª, «que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». 4.º Que sea necesaria esta medida de seguridad concreta («si fuere necesaria», dice el artículo 101.1). Es decir, estos internamientos (los del artículo 101, y también los de los artículos 102, 103 y 104) tienen carácter subsidiario respecto de las demás medidas que no consisten en privación de libertad: si puede obtenerse un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin acudir al internamiento, habrán de aplicarse alguna o algunas de las previstas en los artículos 105 a 108 del Código penal. Además, desaparecida la necesidad de esta medida concreta, habrá de cesar, o ser sustituida por otra o suspendida (artículos 6.2 y 97). (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 nov. 2001, Rec. 26/2001).

Nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 eb. 2016, Rec. 1129/2015, que "...el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige en su sentencia de 13 de febrero de 2015, caso de Lazaruis c. Rumanía, que aunque el internamiento persiga una finalidad terapéutica, cuando se acuerda en un contexto penal, debe seguirse el procedimiento establecido en este ámbito; entre nosotros, la práctica de pericial médica que acredite su necesidad tras un debate contradictorio".

En esta línea, podemos citar el Auto del Tribunal Supremo de 31 mayo 2007, Rec. 11108/2006, aborda un supuesto en el que el recurrente estima que la medida de internamiento era innecesaria, y que por la peligrosidad y conducta del acusado hubiese más sido más adecuado su tratamiento ambulatorio con medidas complementarias. Señala el Tribunal Supremo que "...B) Es cierto que el texto legal establece que las medidas de seguridad que impliquen privación de libertad deben aplicarse siempre como una alternativa secundaria a la posibilidad de adoptar otras medidas menos gravosas. Es natural por el carácter primordial que se le atribuye a la libertad ambulatoria como uno de los derechos más inalienables y relevantes de

la persona. Así dice la sentencia de esta Sala de "...que sea necesaria esta medida de seguridad concreta ("si fuere necesaria", dice el artículo 101.1). Es decir, estos internamientos (los del artículo 101, y también los de los artículos 102, 103 y 104) tienen carácter subsidiario respecto de las demás medidas que no consisten en privación de libertad: si puede obtenerse un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin acudir al internamiento, habrán de aplicarse alguna o algunas de las previstas en los artículos 105 a 108 del Código penal. Además, desaparecida la necesidad de esta medida concreta, habrá de cesar, o ser sustituida por otra o suspendida (artículos 6.2 y 97) (Sentencia del Tribunal Supremo número 2107 de 12 de noviembre de 2001)."

Con similar criterio, el Auto del Tribunal Supremo de 2 Jun. 2010, Rec. 10018/2010, en un supuesto en el que se impugna también la aplicación de la medida de seguridad, nos recuerda dicho Alto Tribunal que "...Como hemos tenido la ocasión de subrayar en otras ocasiones (así, Sentencia del Tribunal Supremo 12-11-2001) es requisito necesario para la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad el que la misma sea necesaria en el caso concreto («si fuere necesaria», dice el artículo 101.1). Es decir, estos internamientos (los del artículo 101, y también los de los artículos 102, 103 y 104) tienen carácter subsidiario respecto de las demás medidas que no consisten en privación de libertad: si puede obtenerse un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin acudir al internamiento, habrán de aplicarse alguna o algunas de las previstas en los artículos 105 a 108 del Código penal. Además, desaparecida la necesidad de esta medida concreta, habrá de cesar, o ser sustituida por otra o suspendida."

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 Feb. 2012, Rec. 11024/2011, también en un supuesto en el que el recurrente, declarado exento de responsabilidad al amparo del artículo 20.1 del Código penal, impugna la medida de internamiento impuesta, se afirma lo siguiente:

"...Es cierto que este precepto sustantivo –artículo 101 del Código penal– faculta disyuntivamente al juez o tribunal a optar en estos casos entre el internamiento permanente del declarado exento de responsabilidad penal en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padezca, y la adopción alternativa de "cualquiera otra de las medidas previstas en el ap. 3 del artículo 96", es decir, no privativas de libertad.

.....

Delimitado así el sustento legal de la petición, procede recordar la doble finalidad que persiguen las medidas de seguridad, cuyo fundamento estriba tanto en la protección a las víctimas, como en la rehabilitación y reinserción social del delincuente.

El primero de estos fines se basa en la propia peligrosidad del autor del delito, del que ya hablaba la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 345/2007, de 24 de abril (la citada por el ahora apelante), en un supuesto con notables similitudes al aquí examinado, y que también ha hecho suyo la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 124/2012, de 6 de marzo: "La mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino son posibles (sic) la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales, en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de imputabilidad (...). Resulta justificado y razonable conectar las medidas de seguridad relativas a los enajenados mentales, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993). Esa prognosis se fundamenta, a su vez (en): 1. Peligrosidad criminal: esto es, que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones «antisociales», o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el artículo 95.1.2ª del Código Penal cuando dice que es preciso para que el juez o tribunal aplique una medida de seguridad «...que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». 2. Necesidad de la aplicación de tales medidas: El juez o tribunal la aplicará «previos los informes que estime convenientes» (artículo 95 del Código penal) y, como se advierte en los artículos 101 a 103, «si fuere necesario»".

Ahondando en la cuestión, argumenta algo después la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 345/2007: "la medida de seguridad no se impone –sin más– como un remedio terapéutico para el enfermo mental, inimpu-

table penalmente, sino en función de la peligrosidad social del sujeto, y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal. En definitiva, se trata de la adopción de una medida de seguridad socialmente defensiva, que se adopta dada la peligrosidad criminal del reo". Y finaliza tildando de acertada la decisión de instancia, que impuso una medida de internamiento al observar en el sujeto tal peligrosidad criminal "en función de los informes médicos obrantes en autos, y de la posibilidad de repetición de los hechos enjuiciados (...), sin perjuicio de la posibilidad de sustitución de tal medida de seguridad por otra menos afflictiva, en fase de ejecución de sentencia, y conforme autoriza el artículo 97 del Código penal, mediante un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria".

Junto al fundamento de peligrosidad que debe amparar a toda medida así impuesta, ha de subyacer en su adopción, simultáneamente, un fin terapéutico respecto del sujeto declarado inimputable, objetivo último de este instrumento legal vinculado a la pena en su función de reinserción social, por mandato del artículo 25 de la Constitución. Este mismo espíritu late, igualmente, en otros preceptos del Código Penal, tales como el artículo 60, en la medida en que ordena la suspensión de la pena privativa de libertad que ya haya empezado a ejecutarse respecto del penado en quien, después de pronunciada esa sentencia firme, se aprecie una situación sobrevenida de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena que está cumpliendo, en cuyo caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe garantizar que el penado "reciba la asistencia médica precisa", pudiendo incluso optar por la imposición de una medida de seguridad alternativa al cumplimiento de la pena de prisión y por el tiempo necesario para el restablecimiento de la salud mental perdida, en ningún caso mayor que la propia pena sustituida.

Entre los precedentes de esta Sala de Casación que hacen especial hincapié en la finalidad terapéutica de las medidas de seguridad destaca la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 464/2002, de 14 de marzo, que confirmó la decisión de instancia de optar por internar al allí recurrente en un centro psiquiátrico para una óptima eficacia del tratamiento que debía dispensársele, en lugar de acudir simplemente a un centro de desintoxicación respecto del alcoholismo crónico que padecía.

En conclusión, quiere todo ello decir que sobre la cuestión que viene a plantearnos el recurrente inciden no sólo aspectos de peligrosidad,

sino también de rehabilitación y reinserción social. Y estos criterios son precisamente los que esgrimió el Magistrado Presidente en la sentencia de primera instancia, acorde con la decisión plasmada por el jurado en el veredicto (víd. FF.JJ. 4° y 5°). Se afirmaba allí que, de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por los médicos forenses y por los psicólogos del centro penitenciario en el que el acusado se hallaba recluido, el grave padecimiento mental que le afecta y que "le hace reaccionar de forma violenta ante ciertas personas", como en el caso de su difunta madre, hace necesaria tal medida de internamiento en centro adecuado a su enfermedad, lo que se justifica en la "gravedad y trascendencia del padecimiento que sufre, puesta de manifiesto en los informes médicos oídos en juicio, a la falta de controles internos y de posibles controles externos y, en especial, a la peligrosidad que supone(n) tanto para él como para los demás los episodios agudos de la enfermedad, peligrosidad evidenciada en los actos enjuiciados pero que también resulta de los informes médicos antes citados". A ello se añaden "las propias recomendaciones de tales profesionales al considerar el internamiento como necesario para buscar pautas de normalización de la personalidad del acusado que, aunque no eliminen su patología, al menos logren disminuir sus efectos". Insistiendo en esta última necesidad, el Magistrado Presidente descarta por inidónea, vistas las circunstancias del caso, la posibilidad por el momento de un tratamiento ambulatorio "dada la falta de control externo (del acusado) y lo incipiente de su mejoría por el tratamiento que ha recibido en el centro penitenciario y, precisamente, como medio de consolidación", sin perjuicio de que una evolución favorable y sostenida permita su modificación o sustitución por otra medida de carácter no privativo de la libertad, al amparo del artículo 97 del Código penal, como de hecho recoge el fallo de la sentencia.

Las pautas valoradas en primera instancia no fueron modificadas por el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia de apelación, que aquí se impugna, resaltándose en este caso por el órgano "a quo" la pertinencia de la medida de internamiento decretada, a la vista de "la peligrosidad del sujeto, apreciada a partir de la naturaleza y gravedad del delito cometido y de sus características personales, determinadas por un trastorno psíquico del que, por el momento y a reserva de su evolución, aún no consolidada, puede deducirse razonablemente y sin vulneración de sus derechos un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos" (F.J. 20°).

Según hemos expresado en una ya consolidada jurisprudencia, la enfermedad mental denominada esquizofrenia (del griego "esquizos", escisión, y "pbreu", inteligencia) conlleva una escisión o disgregación de la vida psíquica que cursa con graves trastornos en la asociación del pensamiento, de la afectividad, del contacto del "yo" con la realidad y consigo mismo, y de la percepción sensorial.

En suma, nos encontramos ante una patología mental que condiciona la personalidad y comportamientos de la persona que lo padece (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1142/2010, de 21 de diciembre).

El recurrente admite que, según delimitaron las sentencias anteriores (artículo 884.3º Ley de Enjuiciamiento Criminal), padece un trastorno delirante de tipo persecutivo-erotomaniático crónico, de signo paranoide, y que respecto de los hechos enjuiciados actuó bajo un brote psicótico que anuló totalmente su capacidad de percepción de la realidad. Esta apreciación, sólidamente asentada en los informes médicos y psiquiátricos aportados a las actuaciones, es la que recogen las sentencias precedentes, que valoran adecuadamente el complejo conjunto de circunstancias que afectan al recurrente y llegan a la coincidente conclusión de que, atendida la gravedad tanto de los hechos en sí como del padecimiento mental bajo el cual actuó, existe un elevado pronóstico de repetición, lo cual revela una peligrosidad social determinante de su internamiento, por el momento, en un centro cerrado donde reciba tratamiento adecuado a la patología que padece.

La ausencia de detección de la enfermedad y, por ello, de controles –internos o externos– previos a la comisión de los hechos aquí examinados y lo incipiente de su tratamiento posterior muestran, efectivamente, ese alto riesgo de comisión de nuevos hechos de parecida naturaleza en caso de abandono, máxime si valoramos que el recurrente sufre además una relevante adicción tóxica, no controlada, que potencia ese mismo riesgo en tanto en cuanto no se establezca su situación mental. Así las cosas, solamente un internamiento en centro cerrado puede proporcionar el seguimiento y cuidados precisos en este estadio de su enfermedad y adicción, siendo necesario que la mejora ya apuntada por los expertos se consolide durante un periodo de tiempo lo suficientemente prolongado y significativo como para considerar adecuada cualquier modificación de esta medida de seguridad hacia una no privativa de libertad.

En suma, la medida de tratamiento con control médico externo de carácter periódico que interesa el recurrente, y que actualmente cabría adoptar como forma de libertad vigilada basada en los artículos 96.3.3) y 106.1.k) del Código penal, no cumple en el caso los fines a los que debe ir dirigida una medida de seguridad sustitutiva de la pena”.

TERCERO.- Aplicando los anteriores fundamentos, no falta razón al recurrente cuando afirma que la medida de seguridad impuesta exige un estado o situación de peligrosidad criminal que implique la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Mas, como luego se dirá, ello no significa que en el presente caso no concurren tales presupuestos.

En el fundamento jurídico segundo, párrafo segundo, de la sentencia apelada, el Magistrado del órgano "a quo", se limita a señalar que "...en cuanto a las penas o medidas de seguridad, procede, en concordancia con lo pedido por el Ministerio Fiscal en su escrito inicial, imponer al acusado la medida de seguridad de 1 año de internamiento en centro adecuado a su situación mental...". Y en el fundamento jurídico tercero, tras aludir al informe de la Sra. Médico forense, la sentencia razona que el acusado padece "una deficiencia psíquica denominada retraso mental moderado con alteraciones de conducta y que por la deficiencia que padece se ve privado de sus funciones psíquicas fundamentales, esto es, inteligencia y voluntad, y que por ello no es capaz de querer y comprender los actos que realiza".

Tales mimbres resultan, en principio, insuficientes para la imposición de la medida de internamiento. Pero hemos de contemplar otras circunstancias que constan en la causa y que justifican la medida impuesta. Así, hemos de comenzar por el dictamen de la Sra. Médico Forense, del que se desprende que la alteración mental del recurrente no es fruto de un trastorno de carácter transitorio, sino de un padecimiento permanente, "retraso mental moderado con alteraciones de conducta", cuyo padecimiento le priva de sus funciones psíquicas fundamentales, esto es, inteligencia y voluntad, razón por la que –concluye el informe–, por ello no es capaz de querer y comprender los actos que realiza.

Estamos, por tanto, ante un trastorno de carácter permanente que –al menos en el presente caso, le anula o le puede anular– la capacidad de comprender la ilicitud de los actos que realice. Por otro lado, no es la primera vez que es condenado por un delito de lesiones dolosas, pues ya le fue impuesta por sentencia de 29-11-2006 la pena de 1 año de prisión por

un delito de lesiones de los artículos 147 - 148 del Código penal (que, por cierto, le fue suspendida y posteriormente remitida); y también aparece condenado por un delito de quebrantamiento de condena cometido el 22-11-2011. No estamos, pues, ante un delincuente primario, sino ante una persona con un padecimiento permanente que ha cometido al día de hoy tres delitos. Y tampoco podemos ignorar los concretos hechos por los que fue condenado, esto es, en síntesis, por propinar de forma inopinada un golpe con una barra de hierro en la cara de un funcionario policial, hecho de considerable gravedad que pudo originar mayores consecuencias lesivas. La gravedad de los hechos también es tenida en cuenta por el Auto del Tribunal Supremo de 31-5-2007 ya mencionado, como factor relevante para adoptar la medida de internamiento que se impugna.

A los anteriores argumentos debe añadirse que no se ha aportado documentación médica alguna que ponga de manifiesto que el recurrente viene estando sometido a tratamiento médico alguno, constando únicamente que tiene reconocida una discapacidad del 66%. No resulta, pues, irreflexivo considerar oportuna la medida impuesta, a fin de determinar si el sujeto en cuestión precisa de tratamiento médico, farmacológico o terapéutico, el cual puede serle dispensado en el centro adecuado a su anomalía psíquica. Porque, considerado en su conjunto el informe médico-forense, del mismo se desprende tanto el carácter permanente del trastorno que padece el recurrente, como la posibilidad de que los hechos puedan volver a repetirse, pues nada indica que el padecimiento esté en remisión ni exista tratamiento alguno con la finalidad de que el sujeto pueda controlar sus propios actos. Todo ello pone de manifiesto que la medida de internamiento no resulta desproporcionada ni arbitraria, existiendo razones suficientes para su imposición, tanto desde la perspectiva de la probabilidad de comisión de nuevos delitos, como desde la óptica de la protección social que también fundamenta su adopción, razones por las que el recurso ha de ser desestimado, confirmándose así la resolución recurrida.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por Juan Manuel, contra la sentencia dictada por el Juzgado

de lo Penal nº 2 de Córdoba, en el Juicio Rápido nº 345/16 de fecha 4 de noviembre de 2016, la cual se CONFIRMA íntegramente, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra ella, cabe recurso de casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, que deberá prepararse ante esta Audiencia dentro de los cinco días siguientes a la última notificación. Una vez verificado, expídase testimonio, remítase al juzgado de procedencia para su ejecución y anótese la presente resolución en el Registro Central de Medidas Cautelares y Violencia Doméstica y, en su caso, en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

13.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN TERCERA, DE FECHA 01-03-2017

Se establece el límite en favor del reo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable.

HECHOS

ÚNICO.- Por el Ministerio Fiscal se solicitó aclaración de la sentencia de fecha 8 de febrero de 2017 en los términos establecidos en su escrito de fecha 15 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas, si bien el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la posibilidad de rectificar en cualquier momento los errores materiales manifiestos. El fallo de la sentencia recoge: "ABSOLVER a S. Z. como autora de un delito de asesinato contra víctima menor de 16 años de edad de los artículos 139.1.1ª y 140.1ª

del Código penal y de un delito de homicidio del artículo 138.1 del Código Penal, por la concurrencia de la circunstancia eximente completa en ambos delitos de alteración psíquica del artículo 20.1º del Código Penal y en el delito de homicidio la agravante de abuso de superioridad y de parentesco de los artículos 22.2ª y 23 del Código Penal, a la pena de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable por el delito de asesinato, con la aplicación de los artículos 101.2, 92 y 78 bis todos ellos del Código Penal, en la ejecución de la pena, y a la medida por el delito de homicidio de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo de 13 años, 9 meses y 1 día y al pago de las costas causadas.

Indemnizará por la muerte de A. H. a H. Z. en 120.000 euros y en 15.000 euros a Y. Z. Y por la muerte de S. Z. en 120.000 euros a Y. Z. y a S. H., 15.000 euros a E. Z., 15.000 euros a Y. Z. y 15.000 euros a A. Z., más los intereses legales. Se computará a efectos de cumplimiento el tiempo que S. Z., ha pasado en prisión provisional.”

Se solicita la aclaración, de términos claramente erróneos que se incluyeron en la sentencia tal y como se establece en el escrito del Ministerio Fiscal de fecha 15 de febrero de 2017, y que procede su corrección. Otros términos como el punto 3 del escrito del Ministerio Fiscal donde se solicita en aplicación del artículo 76.1 del Código Penal que el tiempo máximo de internamiento no exceda por ambos delitos de 25 años.

La cuestión planteada, es cierto que no tiene una solución legal en nuestro Código Penal, por incompleto, pues no se recoge en el mismo la duración máxima de la medida de internamiento en centro psiquiátrico cuando la misma procede de una pena de prisión permanente revisable. No puede ser de aplicación el solicitado artículo 76. 1 a) puesto que el mismo establece que:

“Artículo 76

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.”

Pues el límite de 25 años está pensado para cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. Y el sujeto en este caso ha sido condenado por dos y, al menos, uno de ellos está castigado por la ley (el asesinato) con pena de prisión permanente revisable, por lo que se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

El artículo 78 del Código Penal no sería de aplicación pues se refiere a la ejecución de la pena y no de la medida de internamiento permanente revisable en centro psiquiátrico.

Bien es cierto que el artículo 101 establece que 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del

Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.”

Es decir con claridad establece que el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable. Pero el mismo es incompleto puesto que en este caso la pena privativa de libertad no tiene duración delimitada, pues el artículo 92 del mismo cuerpo legal se limita a establecer que podrá acordarse la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena. Suspensión que podrá o no concederse. Es decir la duración está en el limbo y es absolutamente indeterminada.

De ahí que el artículo 103 del Código Penal tendría que haber establecido la limitación para el supuesto de que la medida derivara de una pena de prisión permanente revisable.

Y no hay que olvidar que en el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por los entonces grupos de la oposición (PSOE, Convergencia, Unió, PNV y UPyD, Izquierda Plural y la mayor parte del Grupo Mixto), contra la prisión permanente revisable impulsada por el PP. Alegando en su recurso de inconstitucionalidad que en la práctica supone la posibilidad de que los tribunales impongan la cadena perpetua.

El Artículo 92 establece que "1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo. b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. En

el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.”

Por todo ello, procede establecer un límite en favor del reo derivada de la actual e incompleta legislación penal, que sería el de 25 años para que se llevara a cabo una revisión completa del estado mental del internado, sin perjuicio de las que pudieran llevarse a cabo en periodos inferiores, que delimitaran con absoluta claridad y contundencia si el sujeto está en condiciones de poder hacer vida en libertad con normalidad y respeto de los derechos de los demás, especialmente los vitales.

PARTE DISPOSITIVA

EL MAGISTRADO PRESIDENTE ACUERDA: aclarar parcialmente la sentencia 8 de febrero de 2017, dictada en el Procedimiento Tribunal Jurado en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal y procede rectificar la misma en el sentido de establecer el fallo como sigue: "ABSOLVER a S. Z. como autora de un delito de asesinato contra víctima menor de 16 años de edad de los artículos 139.1.1ª y 140.1ª del Código penal y de un delito de homicidio del artículo 138.1 del Código Penal, por la concurrencia de la circunstancia eximente completa en ambos delitos de alteración psíquica del artículo 20.1º del Código Penal y en el delito de homicidio la agravante de abuso de superioridad y de parentesco de los artículos 22.2ª y 23 del Código Penal, a la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable por el delito de asesinato, con la aplicación de los artículos 101.2, 92 y 78 bis todos ellos del Código Penal, en la ejecución de la pena, y a la medida por el delito de homicidio de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de 13 años, 9 meses y 1 día, y al pago de las costas causadas.

Procede establecer un límite en favor del reo derivada de la actual legislación penal, que sería el de 25 años para que se llevara a cabo una revisión completa del estado mental del internado, sin perjuicio de las que pudieran llevarse a cabo en periodos inferiores, que delimitaran con absoluta claridad y contundencia si el sujeto está en condiciones de poder hacer vida en libertad con normalidad y respeto de los derechos de los demás, especialmente los vitales y proceder en consecuencia a la cesación de la medida de internamiento”.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia

14.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SALA DE LO CIVIL Y PENAL, NÚMERO 8/2019 DE 22-01-2019

Cuando la imposición de la medida de libertad vigilada no es preceptiva, es necesario justificar su necesidad y proporcionalidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó el 20 de septiembre de 2018 la Sentencia, en autos de Procedimiento Sumario Ordinario, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 5 de Madrid, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

Evelio, mayor de edad, y sin antecedentes penales, se le impuso por Auto de 19 de diciembre de 2016, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 5 de Madrid, una medida cautelar consistente en la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Gloria, a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro en el que se encontrara, así como de comunicarse con ella. Dicha medida le fue notificada a Evelio el mismo día de su dictado.

El acusado Evelio y Gloria habían mantenido una relación sentimental con convivencia durante cuatro años y tenían una hija en común de dos años de edad.

Pese a la prohibición de acercarse y comunicar existente entre Evelio y Gloria, éste había acudido en alguna ocasión al domicilio de Gloria, sito en Madrid, para estar con su hija, teniendo llaves del domicilio en el que había residido hasta el dictado de la medida cautelar.

El acusado, el día 2 de marzo de 2017, y con conocimiento de la vigencia de la medida cautelar, y sin ánimo de cumplirla se presentó sobre las 15:30 horas en el antedicho domicilio, al que accedió con sus llaves.

Una vez en el interior de la casa esperó a la llegada de Gloria, a la que dijo iba a entregar una cantidad de dinero para la hija común.

Cuando llega Gloria a la casa se encuentra, en su dormitorio en la zona del baño, a Evelio que le pide dejar en la casa objetos suyos y ella le reclama el dinero iniciándose una disputa entre ellos, en la que Evelio se altera e inicialmente agarra a Gloria del cuello con una mano y luego con un cuchillo, de 20 cms. de hoja y mango negro, que estaba en dicha habitación, sin que se haya acreditado quién lo llevó a dicha estancia, y con ánimo de acabar con la vida de Gloria, empezó a apuñalarla por todo el cuerpo, tirándola al suelo, colocándose encima de ella y continuando las puñaladas por cabeza, tórax, abdomen, brazos, al tiempo que ella trataba con las manos de que el cuchillo no llegara a su cuerpo. La violencia de la acometida hace que el cuchillo se rompa. Y ante este hecho Evelio va a la cocina a buscar otro cuchillo, dejando a Gloria en la habitación, aprovechando ésta para cerrar la puerta del dormitorio e impedir el acceso a Evelio. Este volvió con otro cuchillo que clava en la puerta. Y Gloria, a falta de otro modo de huida, se descuelga por la ventana de la habitación hacia la calle, asiéndose de un tendedero del piso inferior y luego auxiliada por unos ciudadanos llega a la calle.

Como consecuencia de lo anterior, Gloria sufrió las siguientes lesiones: disección de la arteria subclavia derecha, traumatismo torácico con hemotórax derecho, enfisema subcutáneo, y laceración pulmonar derecha, traumatismo abdominal con lesión hepática sangrante por alcance, brecha diafragmática de 4 cm y neumoperitoneo, sección de flexores de la mano izquierda (1° a 4°) y sección cutánea en 5° dedo, rectificación de la lordosis cervical con pequeño hematoma y enfisema subcutáneo occipito-cervical derecha, trastorno adaptativo mixto de ansiedad y humor depresivo; y las siguientes heridas: laparotomía media de 16 cm suturada con grapas de 10 cm, herida en cara anterior del hombro derecho, herida en mama derecha del cuadrante inferior interno, herida sagital de 4 cm en cara anterior del hombro derecho suturada con puntos de aproximación, dos heridas sagitales en cara externa del brazo izquierdo, tercio superior, herida en cuadrante ínfero-interno de la mama derecha, suturada con puntos; herida retroauricular derecha suturada con grapas de 3 cm, herida en región axilar derecha suturada con grapas y puntos de 5 cm, y múltiples heridas suturadas en cara palmar de todos los dedos, parcialmente cubiertas por vendaje y férula rígida.

Dichas lesiones supusieron un importante riesgo vital para la vida de Gloria, que hizo imprescindible el tratamiento médico quirúrgico urgente para evitar la muerte, siendo necesarios 6 días de hospitalización y con un tratamiento médico quirúrgico que consistió en: vascular por la sección completa de la arteria acromio-torácica y subclavia derecha, sutura de laceración pulmonar derecha, sutura de la laceración hepática y brecha diafragmática, cirugía ortopédica para sección de flexores, férula y psicoterapia verbal y apoyo de tres sesiones. Estas lesiones tardaron en curar 98 días, estando impedida para sus ocupaciones habituales y con las siguientes secuelas: cicatriz de 10 x 2,5 cm infraclavicular derecha; cicatriz de 4 x 2,5 cm en cara anterior del hombro derecho; cicatriz de laparotomía media de 17 cm desde ombligo a esternón ligeramente ensanchada y pigmentada; cicatriz axilar derecha de 7 cm ligeramente elevada; dos cicatrices de 3 x 1 cm y 4 cm x 1 en cara lateral externa y anterior del brazo derecho; cicatriz lineal de 5 cm en cuadrante ínfero-interno de la mama derecha; cicatriz de 2 cm en cuero cabelludo, región temporal-occipital derecha, cubierta por el cabello y faltan los últimos 30 grados de extensión de la 3ª falange del 4º dedo.

La perjudicada reclama por las lesiones.

El acusado se encuentra privado de libertad por estos hechos desde el 3 de marzo de 2017 y se acordó su prisión por Auto de 4 de marzo de 2017, con la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Gloria, a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro en que se encontrara, así como de comunicarse con ella.

SEGUNDO.- La referida Sentencia contiene los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a Evelio como autor de un delito de quebrantamiento de condena, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Evelio como autor de un delito de homicidio intentado concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad y parentesco, a la pena de nueve años y once meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la

medida de seguridad de libertad vigilada por un tiempo de cinco años siguientes al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Gloria y su hija menor Aurora. en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a sus domicilios o lugares de trabajo o cualquier otro que éstas frecuenten y de comunicarse con ellas por el plazo de once años. La privación de la patria potestad de su hija Aurora, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.1.3ª del Código Penal.

Pago de dos tercios de las costas incluidas las de la acusación particular.

Que indemnice a Gloria en la cantidad de 122.100 euros.

Que debemos absolver y absolvemos a Evelio delito de allanamiento de morada por el que venía acusado declarando un tercio de las costas de oficio.

Se mantienen las medidas cautelares acordadas en la causa durante la tramitación de los posibles recursos a interponer contra la sentencia.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, será de abono el tiempo que el penado haya estado privado de libertad por esta causa".

TERCERO. Notificada la misma a D. Evelio, su representación, mediante escrito datado y presentado el 2 de octubre de 2018 interpuso contra ella recurso de apelación al amparo del artículo 849.2º Ley de Enjuiciamiento Criminal –sic–, en síntesis, "por el error padecido por el Tribunal sentenciador al no contemplar el concurso medial de delitos del artículo 77.1 del Código penal, establecer sin base la agravante de abuso de superioridad e imponer una medida de seguridad de libertad vigilada durante un tiempo de 5 años" –en este último caso, sin la preceptiva motivación al tratarse de una medida de imposición discrecional.–

En su virtud, suplica la estimación del recurso y el dictado por esta Sala de nueva Sentencia por la que, revocando la impugnada, condene a D. Evelio a la pena de NUEVE AÑOS de prisión, como autor de un delito previsto y penado en los artículos 138, 16 y 62 del Código Penal, con el resto de circunstancias modificativas relacionadas en el cuerpo del presente recurso.

En el párrafo final del escrito de recurso, previo al suplico, el apelante especifica que procede que "esta Sala declare la indebida aplicación de los

artículos 138 y 468.2 del Código Penal y, por consiguiente, condene a mi patrocinado como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar en concurso medial (artículo 77.1 del Código penal) con un delito de homicidio intentado, en la persona de Gloria, con la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código penal, entendida como agravante, y en relación al delito de homicidio intentado, y al que procede imponer la pena de prisión de 9 años, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad respecto de la hija menor de edad Aurora, así como ...las prohibiciones de aproximarse a menos de 500 metros, a las personas de Gloria, y a la menor Aurora, a su domicilio, lugares de trabajo o de estudios, o a cualquiera otros que estas frecuenten y de comunicarse con ellas por el plazo de 9 años".

CUARTO.- La representación de D.^a Gloria interpone su recurso de apelación el día 4 de octubre de 2018, con sustento en dos motivos, indisolublemente anudados: el primero, formulado al amparo de lo dispuesto en el artículo 846 bis e), en relación con los artículos 846 ter 3 y 790.2, inciso tercero, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba en relación con la no apreciación de la "agravante de género" –artículo 22.4^a del Código penal– en la comisión del homicidio intentado: dicha valoración probatoria se sustentaría en una motivación radicalmente insuficiente e irracional, con apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia y omisión de toda referencia a o razonamiento sobre algunas de las pruebas practicadas relevantes para determinar el móvil del agresor y, por tanto, el enjuiciamiento de la concurrencia de tal agravante: en particular, se refiere el recurso a las manifestaciones del acusado en el plenario y ante las Psicólogas D.^a Elsa y D.^a Encarna, que emiten Dictamen pericial en la causa.

En lógica consecuencia con el primer motivo alegado, postula la apelante la violación de los artículos 24.1, 9.3 y 120.3 de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable, por motivación no compatible con el canon de interdicción de la arbitrariedad: entiende la apelante que el relato de hechos probados revela la irracionalidad de haber entendido que el móvil de la agresión fue una discusión por dinero, lo que, al decir del recurso, permitiría a esta Sala, sin nueva valoración probatoria, apreciar la agravante de género. No obstante, también

invoca el recurso las posibilidades anulatorias del Tribunal de apelación ex artículo 792.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su virtud, suplica, con carácter principal, la estimación del recurso y el dictado de Sentencia "apreciando la concurrencia de la agravante de género prevista en el artículo 22.4ª del Código penal, imponiendo a D. Evelio la pena de 12 años de prisión por el delito de homicidio intentado al apreciar esta tercera agravante, manteniendo íntegramente el resto de la Sentencia"; "subsidiariamente anular la Sentencia dictada por la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid conforme a lo dispuesto en el artículo 792 Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

Por Otrosí interesa que se admita la prueba propuesta en el FJ 3º: "la reproducción del acta –sic– de la grabación de la vista oral del juicio" ex artículo 743 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO.- Por escrito datado el 15.10.2018 y presentado el siguiente día 19, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación con sustento en un único alegato: al amparo del artículo 790.1 y 2, párrafo tercero, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por irracionalidad de la motivación fáctica y omisión de todo razonamiento sobre la prueba practicada –con el consiguiente yerro valorativo–, a la hora de dejar constancia la Sala a quo de por qué ha entendido no acreditado que el acusado cometió el hecho guiado "por razones de género". A lo que añade el Ministerio Público que, además de la indefensión generada por el radical déficit de motivación, sucede que en el juicio oral sí se habría practicado prueba "más que suficiente que demostraría que el proceder del ahora penado estaba guiado por un afán de control y dominación sobre la vida de su ex pareja".

Solicita el Fiscal "la nulidad de la resolución impugnada a los efectos de dictar una nueva en su lugar por la que se condene al procesado como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa previsto en los artículos 136, 16 y 62 del Código Penal, concurriendo para ese delito de homicidio intentado las siguientes circunstancias agravantes: 1) abuso de superioridad –artículo 22.2ª del Código penal–; 2) cometer el delito por razones de género –artículo 22.4ª del Código penal–; manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia".

SEXTO.- El Ministerio Fiscal suplica la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado y se adhiere al recurso

formulado por la representación de Gloria mediante escritos de 23 de octubre de 2018.

La defensa de D.^a Gloria se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario mediante escrito presentado el día 31.10.2018.

La representación del acusado no presenta escrito impugnativo alguno.

SÉPTIMO.- Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previos los emplazamientos oportunos, se elevaron las Actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y, recibidas el siguiente día 22, se incoa el correspondiente rollo.

OCTAVO.- Se señala para deliberación y fallo de la presente causa el día 22 de enero de 2019, fecha en la que tuvieron lugar.

NOVENO.- Por Auto de 8 de enero de 2019 la Sala acuerda:

1º. No admitir el visionado de la reproducción de la grabación del juicio oral.

2º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

3º. Mantener el señalamiento efectuado para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 22 de enero de 2019.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

No se entra a analizar los hechos declarados probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La Sala, por elementales razones de orden lógico, analizará, en primer término, aquellos motivos de los recursos cuya eventual estimación hubiera de llevar aparejada, como consecuencia ineluctable, la anulación, aun parcial, de la Sentencia impugnada, pues, de ser así y en la hipótesis de que esta Sala no estuviera en condiciones de subsanar el déficit cometido, procedería la reposición de lo actuado al efecto de que el

Tribunal a quo subsanase la quiebra de las normas o garantías procesales que causasen indefensión, sin haber lugar a entrar a examinar los motivos "de fondo" –v.gr., por infracción de ley–, y sin menoscabo, claro está, de su posible replanteamiento en un ulterior recurso frente a la Sentencia que se hubiere de dictar por el Juzgador de instancia.

La Sala tiene que insistir, ante todo, en el alcance que revisten las quejas por déficit de motivación lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), y su autonomía y diferenciación de la más radical vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo e irracional valoración de la que se pondera.

En este sentido, recordábamos en nuestras Sentencias 49/2018, de 7 de mayo –procedimiento del Tribunal del Jurado nº 66/2018, FJ 1º.2.– y 105/2018, de 24 de julio –procedimiento de apelación nº 119/2018, FJ 1º.– cómo "en torno a la motivación de las resoluciones judiciales y su posible infracción de los derechos constitucionales, también el Tribunal Supremo ha diferenciado los efectos de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva –que ampara a todas las partes del proceso– y de la presunción de inocencia –dirigido a amparar al acusado–. La Sentencia de este alto tribunal de 29 de noviembre de 2017 distingue las diversas consecuencias que se derivan de la infracción de esos derechos constitucionales: En relación a la tutela judicial hemos dicho que la vulneración constitucional de la garantía de tutela judicial efectiva no concurre por la mera insuficiencia de la motivación expuesta en la resolución combatida. Para que pueda hablarse de contenido constitucional, en relación a la suficiencia de la motivación de que se discrepa, se requiere que no exista en absoluto ninguna motivación, o la expuesta sea inequívocamente arbitraria. El derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad por las razones que el Tribunal expone que le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido. El derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza, a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos, de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal. De ahí la diversidad de efecto de la vulneración de una

y otra garantía. La nulidad de la sentencia que no hace la debida tutela y la absolución del acusado cuya presumida inocencia no ha sido debidamente enervada. (Vid Sentencia del Tribunal Supremo 598/2014, así como las 131, 255, 561 y 1429 de 2011 o las 241 y 272 de 2012).

Recurso de Evelio

PRIMERO.- El último motivo del recurso, por su orden expositivo, se queja de la imposición de "una medida de seguridad de libertad vigilada durante un tiempo de 5 años", sin la menor motivación, que resulta preceptiva al tratarse de una medida de carácter discrecional. Enfatiza el apelante que, a diferencia de los supuestos previstos en el artículo 192.1 del Código penal –donde tal medida ha de ser decretada por ministerio de la ley–, el artículo 140 bis del Código penal dispone que "a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada, condena que exige, por tanto, una decisión debidamente razonada...".

Debe recordarse que en los supuestos legalmente previstos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105 del Código penal, el Juez o Tribunal deberá acordar obligatoriamente en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad siempre que así lo disponga de manera expresa este Código. Y en todo caso, sea facultativa o imperativa –a fortiori en el primer caso–, la imposición de la medida ha de ser razonada –arg. ex artículo 105 del Código penal– y delimitada, precisamente para poder juzgar sobre su proporcionalidad y, en su caso, sobre su necesidad –cuando ésta no venga establecida por la ley–. En tal sentido, sobre la inexcusable motivación de la medida –con el debido juicio de peligrosidad– y justificación de su extensión cuando venga legalmente impuesta –en el caso, por el artículo 192.1 del Código penal–, cfr., v.gr., el FJ 4º Sentencia del Tribunal Supremo 239/2018, de 23 de mayo -roj Sentencia del Tribunal Supremo/2018.

La novedad fundamental de esta medida es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad delincente está relacionado con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad (artículo 105 en relación con 101 a 103) o semi-imputabilidad (105 en relación con 104), sino también cuando la peligrosidad deriva de un sujeto imputable (lo que ahora ocurre en los supuestos del artículo 106.2 en relación con los artículos 192.1 y 579. bis 2 obligatoriamente, salvo excepciones y con los

artículos 140 bis; 156 ter y 173.2, apartado 4 del Código penal facultativamente) respecto del que se pronostica una peligrosidad en función, bien de un específico perfil de personalidad, bien de la naturaleza del hecho cometido, y siempre que el legislador así lo haya previsto en un precepto de manera expresa.

La Sentencia apelada, por toda motivación, dice al respecto (FJ 5º): "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 bis del Código Penal –se impone– la medida de seguridad de libertad vigilada por un tiempo de cinco años siguientes al cumplimiento de la pena privativa de libertad".

Pues bien, aun cuando hubiera de reputarse impuesta en su mínima extensión –5 años por tratarse de un delito grave–, lo cierto es que la Sentencia apelada en nada motiva la necesidad de la medida, que el Código Penal concibe como discrecional.

Establecido lo que antecede, sí resulta evidente que la Sentencia guarda silencio absoluto sobre la necesidad de esta peculiar medida de seguridad –por algunos calificada de pena accesoria de control–, que in casu es de imposición discrecional para el Juzgador, quien precisamente por ello no solo ha de justificar la extensión de la medida, sino su necesidad y proporcionalidad atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, ponderación ésta que, según doctrina reiterada, ha de efectuarse por referencia a las circunstancias que reviste el hecho mismo.

A la hora de ponderar las consecuencias de esta falta de motivación que el apelante aduce y la Sala aprecia, no cabe desconocer que la Sala Segunda ha destacado con especial énfasis la importancia que la intermediación desempeña en la aplicación de las penas y medidas de seguridad conectando la trascendencia de la percepción directa de las declaraciones de acusado y víctima con el carácter facultativo de su imposición, y llegando a afirmar que, "cuando la Sentencia recurrida razona expresamente al respecto y con unos argumentos coherentes con las particularidades del hecho, debe respetarse el criterio mantenido en la instancia" –Sentencia del Tribunal Supremo 1054/2002, de 6 de junio, FJ 8º.3, roj Sentencia del Tribunal Supremo 4093/2002 . La obligación de motivación resulta inexcusable, ya lo hemos dicho, cuando esta medida es discrecional, sin que su déficit pueda ser suplido con la condena en la mínima extensión legal, a diferencia de cuando tal medida es de preceptiva aplicación– v.gr., en los casos del artículo 192.1 del Código penal).

Estas reflexiones específicas han de ser tenidas en cuenta a la hora de ponderar la doctrina jurisprudencial más general relativa a las decisiones que cabe adoptar en vía de recurso cuando se observa una falta de motivación en la determinación de la pena –aquí de la medida de seguridad–, y su, en ocasiones, posible subsanación en vía de recurso (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo 95/2014, de 20 de febrero -roj Sentencia del Tribunal Supremo 519/2014, FJ 3 °-; 179/2016, de 3 de marzo -roj Sentencia del Tribunal Supremo 823/2016, FJ 1 °-; 434/2017, de 15 de junio -roj Sentencia del Tribunal Supremo 2368/2017, FJ 3 °-; y 523/2017, de 11 de julio -roj Sentencia del Tribunal Supremo 2828/2017, FJ 12°-). En las circunstancias del presente caso y por lo expuesto –falta de intermediación de esta Sala para apreciar la necesidad y proporcionalidad de la pena en sí, más allá de la imposición en su mínima extensión–, no es posible "brindar una solución ya definitiva" –en locución del FJ 13°.a) de la Sentencia del Tribunal Supremo 205/2015, de 1-12, roj Sentencia del Tribunal Supremo 922/2016–, y la Sala ha de optar por la primera de las vías que estas Sentencias señalan, calificándola, "en rigor, como la solución más acorde con la naturaleza de la infracción, predominantemente procesal aún con relieve constitucional" –v.gr., Sentencia del Tribunal Supremo 179/2016–, a saber: la anulación en ese particular de la Sentencia recurrida con devolución al Tribunal a quo para subsanación del defecto" (artículo 792.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El motivo y, con él, parcialmente el recurso son estimados, sin que, por lo dicho supra, proceda que en este momento la Sala entre a analizar los quebrantamientos de ley que se invocan, a saber: la indebida aplicación del concurso real, y no medial, entre la tentativa de homicidio y el quebrantamiento de condena; y la aplicación que se reputa igualmente indebida de la agravante de superioridad.

Recursos del MINISTERIO FISCAL y de Gloria

SEGUNDO.- Dada su sustancial mismidad –aunque con las diferencias que se indicarán–, la Sala analizará conjuntamente los recursos del Ministerio Fiscal y de D.^a Gloria, que, como se recordará, concernían a la falta de motivación de la Sentencia apelada a la hora de no apreciar la agravante "de género" – artículo 22.4^a del Código penal–; no apreciación que, además, sería expresión de un yerro en la valoración probatoria, pues en la causa existirían sobrados elementos de convicción demostrativos de

que, in casu, concurre la premisa fáctica que sustenta la apreciación de tal agravante de la responsabilidad criminal.

Como ya hemos señalado, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación con sustento en un único alegato: al amparo del artículo 790.1 y 2, párrafo tercero, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por irracionalidad de la motivación fáctica y omisión de todo razonamiento sobre la prueba practicada –con el consiguiente yerro valorativo–, a la hora de dejar constancia la Sala a quo de por qué ha entendido no acreditado que el acusado cometió el hecho guiado "por razones de género". A lo que añade el Ministerio Público que, además de la indefensión generada por el radical déficit de motivación, sucede que en el juicio oral sí se habría practicado prueba "más que suficiente que demostraría que el proceder del ahora penado estaba guiado por un afán de control y dominación sobre la vida de su ex pareja". Solicita el Fiscal la nulidad de la resolución impugnada.

El recurso de Gloria, aun cuando se articula en dos motivos, éstos aparecen indisociablemente anudados: el primero, formulado al amparo de lo dispuesto en el artículo 846 bis e), en relación con los artículos 846 ter 3 y 790.2, inciso tercero, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba en relación con la no apreciación de la "agravante de género" –artículo 22.4ª del Código penal– en la comisión del homicidio intentado: dicha valoración probatoria se sustentaría en una motivación radicalmente insuficiente e irracional, con apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia y omisión de toda referencia a o razonamiento sobre algunas de las pruebas practicadas relevantes para determinar el móvil del agresor y, por tanto, el enjuiciamiento de la concurrencia de tal agravante: en particular, se refiere el recurso a las manifestaciones del acusado en el plenario y ante las Psicólogas D.ª Elsa y D.ª Encarna, que emiten Dictamen pericial en la causa.

En anuencia con el primer motivo alegado, postula la apelante la violación de los artículos 24.1, 9.3 y 120.3 de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable, por motivación no compatible con el canon de interdicción de la arbitrariedad: entiende la apelante que el relato de hechos probados revela la irracionalidad de haber entendido que el móvil de la agresión fue una discusión por dinero, lo que, al decir del recurso, permitiría a esta Sala, sin nueva valoración probatoria, apreciar la agravante de género. No obstante, también invoca el recurso las

posibilidades anulatorias del Tribunal de apelación ex artículo 792.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por razones de lógica elemental, esta Sala habrá de comprobar, en primer lugar, si la Sentencia apelada adolece del déficit de motivación denunciado por las acusaciones y, caso de ser así, habremos de ponderar si nuestro enjuiciamiento ha de abocar a la anulación, con reposición al efecto de que la Sala a quo motive, o si, por el contrario, entra dentro de nuestras posibilidades de enjuiciamiento la subsanación e integración del déficit argumentativo que se reprocha a la Sentencia apelada.

La Sala a quo analiza la solicitud de las acusaciones sobre la concurrencia de la agravante de cometer el delito "por razones de género", recordando la doctrina sentada en su precedente Sentencia de 15 de marzo de 2018: que ha de ser apreciada con cautela; que el móvil determinante que impulsa la acción delictiva ha de ser la razón de género, lo que entraña un marcado carácter subjetivo de la circunstancia –evitar toda conducta que comporte una discriminación de la mujer cuando hubiera sido la esposa o la compañera sentimental del autor; y que, precisamente por ello, será preciso que en el plenario se practique prueba suficiente encaminada a acreditar esa intencionalidad, a saber: que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia la víctima por la circunstancia de ser o haber sido su pareja.

Ahora bien; sentado lo que antecede, cuando la Sala a quo desciende al análisis del caso concreto se limita a decir lo siguiente –FJ 3º al f. 15–:

“No se ha acreditado que el acusado haya actuado como reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia su ex pareja, a tenor de los interrogatorios desarrollados en el acto de la vista y resto de las pruebas practicadas en autos”.

Tal es la única motivación de la prueba practicada en relación con la eventual concurrencia de la agravante pretendida.

Ya hemos señalado supra cómo en nuestras recientes Sentencias 49/2018, de 7 de mayo –procedimiento del Tribunal del Jurado nº 66/2018, FJ 1º.2, y 105/2018, de 24 de julio –procedimiento de apelación nº 119/2018, FJ 1º,, hemos recordado cómo "en torno a la motivación de las resoluciones judiciales y su posible infracción de los derechos constitucionales, también el Tribunal Supremo ha diferenciado los efectos de la vulneración del dere-

cho a la tutela judicial efectiva –que ampara a todas las partes del proceso– y de la presunción de inocencia –dirigido a amparar al acusado (al tiempo que hemos transcrito parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 (ROJ: Sentencia del Tribunal Supremo 4373/2017)).

En referencia específica al derecho a la tutela judicial efectiva –que sería el derecho aquí concernido por afectar a las acusaciones el déficit de motivación invocado–, no está de más traer a colación las síntesis que de su doctrina hace el Tribunal Constitucional en su S. 101/2015, de 25 de mayo (FJ 4), en la que, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2014, de 23 de junio (FJ 3), afirma lo siguiente:

"Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado . Del mismo modo, hemos afirmado que 'la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (Sentencia del Tribunal Constitucional 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (Sentencia del Tribunal Constitucional 248/2006, de 24 de julio).

O, como reitera la Sentencia del Tribunal Constitucional 263/2015, de 14 de diciembre, en su FJ 3:

Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el artículo 24 de la Constitución Española ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso, lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido

al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8). El artículo 24 de la Constitución impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad . No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (Sentencias del Tribunal Constitucional 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4;244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2;54/1997, de 17 de marzo, FJ 3;160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y173/2002, de 9 de octubre, FJ 6).

En esta misma línea de pensamiento cumple recordar que no basta exponer el resultado de la prueba practicada, sino que es necesario una valoración crítica de la misma con la correspondiente exposición de razones por las que el Tribunal considera que el contenido de la prueba se ajusta a la verdad de lo ocurrido, que es precisamente en lo que consiste la justificación de los hechos probados. En tales términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 167/2014, de 27 de febrero -roj Sentencia del Tribunal Supremo 604/2014-, cuando afirma (FJ 2º):

"La justificación no puede pues consistir en exponer aquel resultado de la práctica de los medios de prueba. No se justifica la declaración de hechos probados si meramente se expone lo que dijo un testigo, informó un perito o consta en un documento. Esa es tarea que corresponde fundamentalmente al fedatario. No al juzgador, que, a lo sumo, describe como antecedente de la valoración.

De tal suerte que la más prolija de las exposiciones acríicas y descriptivas, que no va más allá de la dación de cuenta de lo que partes, testigos y peritos dicen o documentos contienen, nunca puede sustituir la labor de valoración crítica, con subsiguientes exposición de razones por las que el

Tribunal juzgador considera cuales de aquellos dichos o estos contenidos se adecuan a verdad, que es en lo que consiste la justificación."

Sin entrar en el más exigente canon justificativo de la presunción de inocencia, es inconcuso que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el Tribunal no expone, con mínimo desarrollo argumental, la ratio decidendi (FJ 2º.3 Sentencia del Tribunal Supremo 1036/2013, de 26.12). Con idéntico criterio, más recientemente, entre muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2018, de 27 de noviembre - FJ 2.C.

En el caso es inequívoco que la Sala a quo no ha subvenido, en los términos constitucionalmente exigidos, al deber de motivar por qué no entiende acreditado el móvil –elemento subjetivo que forma parte del componente fáctico del juicio– definitorio de la agravante de género: ni siquiera ha hecho referencia, constatándolo, al contenido de los diferentes elementos de prueba que habrían llevado a la Sala a entender no acreditado el ánimo del acusado gravemente discriminatorio hacia su ex pareja –lo que, de por sí, sin la subsiguiente valoración, entrañaría una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva–; más gravemente sucede que la argumentación de la Sentencia en este punto es, en términos lógicos, inexistente, pues no permite conocer la ratio de su decisión: la Sala a quo ha entendido no acreditada la finalidad que define la agravación porque la prueba no la demuestra: tautológica petición de principio que vulnera el artículo 24.1 de la Constitución Española.

La falta de motivación denunciada es estimada. En este sentido, es inequívoco que la absoluta falta de ponderación de la prueba practicada –con el mínimo detalle exigible– en relación con la agravante pretendida por las acusaciones conculca el derecho a la tutela judicial efectiva de éstas.

Dicho lo que antecede, también es evidente de toda evidencia que no resulta correcta la apreciación –enfaticada por el recurso de la acusación particular, pero también puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal– de que esta Sala pueda estimar la agravante de género sin una nueva valoración probatoria y, en particular, de pruebas de naturaleza personal como son las mencionadas en los recursos de apelación del Ministerio Fiscal y de D.^a Gloria –declaraciones del acusado, de la víctima y de peritos, fundamentalmente; nueva valoración que de modo indiscutible habría que realizar y que está vedada a esta Sala, legal y constitucionalmente, al no

gozar de la inmediación precisa al efecto— cfr. supra la jurisprudencia citada en el FJ 1º.

En consecuencia, no ha lugar a que este Tribunal determine si concurre o no dicha agravante, siendo lo procedente estimar en parte los recursos de apelación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, y reponer las actuaciones al momento de dictar Sentencia para que la Sala a quo subsane el defecto de motivación apreciado en relación con la agravante de género.

TERCERO. Estimados en parte los recursos de D. Evelio, del Ministerio Fiscal y D.ª Gloria, no ha lugar a la expresa imposición de las costas, que se declaran de oficio.

En virtud de lo expuesto y vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS en parte los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por las representaciones de D. Evelio y D.ª Gloria, frente a la Sentencia, de 20 de septiembre, dictada por la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que anulamos en lo concerniente a la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada, ordenando la devolución de la causa para que por el Tribunal que dictó la Sentencia recurrida se proceda a resolver, con la debida motivación, sobre la procedencia de dicha medida, debiendo asimismo subsanar la Sala a quo el defecto de motivación en que ha incurrido a la hora de resolver sobre la agravante de género.

Se declaran de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno —artículo 847.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal—.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (artículos 855 y 856 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

15.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA, DE FECHA 06-03-2019

Cuestiones sobre la imposición de la medida de libertad vigilada y la determinación de su contenido

La Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado del Juzgado de lo Penal nº 3 de esta Capital, seguido por un delito de exhibicionismo en el que figura como apelante R. representado por la Procuradora y defendido por el Letrado, y el Ministerio Fiscal.

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 30-07-2018, que contiene el siguiente FALLO:

“Que debo condenar y condeno a R. como autor de dos delitos de exhibicionismo, con la concurrencia en ambos de la atenuante analógica muy cualificada de confesión, a la pena, por cada uno de ellos, de tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone además, por cada uno de los delitos, la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición al condenado de aproximarse a cada una de las menores, a una distancia inferior a 50 metros, así como de comunicarse con las mismas, durante un año, y en el sometimiento al tratamiento médico externo que viene siguiendo por el mismo tiempo de duración, es decir, durante un año.

El condenado abonará las costas causadas en esta instancia”.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte apelante y por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 13 de diciembre de 2018, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo señalándose para la Deliberación Votación y Fa-

llo el día 24 de enero de 2019, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Magistrada A.

HECHOS PROBADOS

R., mayor de edad, sin antecedentes penales, sobre las 16:50 horas del día 24 de octubre de 2016, se acercó a la menor de siete años de edad nacida el 2009, cuando se dirigía al Centro de la localidad (Guipúzcoa) a recibir clase de danza, y tras mostrarle sus órganos genitales que sacó del pantalón procedió a realizarse tocamientos en el pene mientras miraba a la menor. Minutos más tarde R. volvió a repetir la misma conducta. Así, esta segunda vez, se acercó a la menor de siete años de edad, nacida en 2009, cuando al igual que la anterior, se dirigía al mismo Centro a recibir clase de danza, y de nuevo, extrajo sus órganos genitales del pantalón, realizándose tocamientos en el pene mientras miraba a la menor.

Tras la presentación de la correspondiente denuncia por parte de los padres de las menores y mediante los datos aportados por los mismos, puesto que R. era vecino del mismo inmueble en el que residía una de las menores, agentes de la Ertzaintza de la Comisaría, se pusieron en contacto con el mismo, el cual, voluntariamente, se personó con la Comisaría donde prestó declaración asistido por Letrado y reconoció íntegramente los hechos, expresando su arrepentimiento y facilitando con ello la investigación del delito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación legal de D. R. se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia solicitando su revocación únicamente en cuanto al establecimiento de la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximación del condenado a cada una de las víctimas durante un año y a una distancia inferior a 50 metros, debiendo dejarse sin efecto dicha medida.

El presente recurso se fundamenta en infracción de la regulación legal y del desarrollo jurisprudencial de la medida impuesta, debiendo tener en cuenta lo siguiente:

- Se trata de dos hechos espontáneos de exhibicionismo contando el condenado con 19 años en aquella fecha.

- Ambos hechos se realizan en unidad de acto, produciéndose el mismo día y en las mismas circunstancias.

- El condenado reconoció los hechos, habiendo quedado patente la total colaboración, arrepentimiento y compromiso de no volver a reproducir los mismos.

- Han transcurrido dos años desde la comisión de los hechos sin que se aplicase ningún tipo de medida cautelar para evitar el acercamiento del condenado a las menores y sin que por los progenitores de éstas se solicitase ninguna medida similar, y sin que se haya producido ningún contacto entre víctimas y condenado

- El condenado vive en el mismo domicilio que una de las menores por lo que la aplicación de la medida de prohibición de acercamiento supondría una medida desproporcionada en relación a los hechos cometidos.

- Ha quedado acreditado que las menores no coinciden con el condenado.

- La manifestación de los padres de las menores respecto a que prefieren que sus hijas no coincidan con el condenado no justifica, por sí sola, la adopción de la medida de alejamiento ya que la misma debe adoptarse ante la posibilidad racional de que la actuación delictiva vuelva a cometerse.

- Tampoco se ha modulado la medida impuesta exceptuando de su aplicación el portal del edificio donde vive el condenado y una de las menores y los aledaños a dicho acceso.

Por parte del Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia solicitando que se acuerde la nulidad de dicha resolución para que la juzgadora de instancia resuelva de forma motivada sobre si procede o no la imposición de la pena de prohibición de aproximación y comunicación solicitada por el ministerio público del artículo 57.1 Código Penal en relación con los artículos 48.2 y 3 del mismo texto legal.

Alega el Ministerio Fiscal que en el escrito de acusación se interesaba la imposición de dicha pena por tiempo de dos años, concretándose en el trámite de conclusiones la distancia de la prohibición de aproximación a 50 metros y ello con independencia de la medida de libertad vigilada que también se solicitaba en base al artículo 192.1 Código Penal, siendo que ésta última debe ejecutarse con posterioridad a la pena privativa de libertad a diferencia de la pena que es de ejecución inmediata, fundamentándose la imposición de dicha pena en los siguientes motivos:

- La necesidad de proteger a las menores ante posibles futuras injerencias del condenado en su ámbito de libertad sexual, dado el temor de los progenitores, la reiteración de actos similares confesada por el acusado y la proximidad del domicilio de las niñas a la vivienda de éste.

- La obligación de preservar la tranquilidad de las niñas.

SEGUNDO.- Por evidentes razones de eliminación de posibles obstáculos procesales, deberemos estudiar en primer lugar el recurso formulado por el Ministerio Fiscal al solicitar en el mismo la nulidad de la sentencia de instancia.

Dicha nulidad se fundamenta en una falta de pronunciamiento respecto de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, en concreto respecto de la pena de prohibición de aproximación a las víctimas.

Así en el escrito de acusación, se solicitaba por el Ministerio Público las siguientes penas:

- 10 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- 2 años de prohibición de aproximación a las víctimas delito, su domicilio, centro de estudios, lugares de ocio o cualquier otro por ellas frecuentado.

- 2 años de prohibición de comunicación a través de cualquier medio.

- 2 años de libertad vigilada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 Código Penal. Se interesa que dicha medida de libertad vigilada consista en las siguientes medidas de seguridad de cumplimiento respectivamente sucesivo a la pena de prisión y prohibición anteriormente referidas:

* Seguimiento de un programa de educación sexual.

* Prohibición de aproximación a las víctimas delito, su domicilio, centro de estudios, lugares de ocio o cualquier otro por ellas frecuentado.

* Prohibición de comunicación con las mismas a través de cualquier medio.

En el trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal elevó sus peticiones a definitivas.

La sentencia recurrida condena a R. a la pena de tres meses de prisión para cada uno de los delitos de exhibicionismo cometidos, con la inhabilitación especial solicitada, imponiendo como medida de libertad vigilada la prohibición de aproximación a cada una de las menores, a una distancia inferior a 50 metros, así como de comunicarse con las mismas durante un año y el sometimiento a tratamiento médico externo que viene siguiendo por el mismo tiempo de duración.

Efectivamente no se pronuncia la juez a quo respecto de la pena interesada por el Ministerio Fiscal de prohibición de aproximación y comunicación, ello al amparo del artículo 57.1 del Código Penal que establece que, para casos como el que nos ocupa de delito contra la libertad e indemnidad sexuales, el juez podrá acordar en sentencia la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 ello en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Efectivamente no cabe confundir dicha pena con la medida de libertad vigilada solicitada e impuesta por la juzgadora de instancia, sin embargo debemos tener en cuenta la solicitud formulada por el Ministerio Fiscal, en este caso la NULIDAD de la sentencia, sin formular petición subsidiaria o alternativa.

Dispone el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que si en el recurso de apelación se pidiera la nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la primera instancia, se citarán las normas constitucionales y legales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

En este caso, como hemos indicado anteriormente, la sentencia de instancia contiene una omisión al no haberse pronunciado sobre una petición concreta formulada por la acusación, pero ello no implica que se haya producido la indefensión requerida para poder decretar la nulidad que se solicita, dado que existe la posibilidad legal de solicitar el correspondiente complemento de la sentencia con el pronunciamiento omitido, tal y como posibilitan los artículos 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que conste que en este caso el Ministerio Público solicitase dicho complemento pudiendo haberlo hecho, lo cual supone que en ningún caso se ha generado la indefensión denunciada, lo que conlleva que la pena sobre la cual ahora se solicita que la juzgadora de instancia se pronuncie se tenga por no impuesta, dado que la imposición de la misma resulta potestativa.

TERCERO.- Por lo que se refiere al recurso interpuesto por R., tal y como anteriormente se ha expuesto el mismo se contrae únicamente a la medida de seguridad impuesta en la sentencia recurrida, solicitando su no imposición.

El recurrente ha resultado condenado como autor de dos delitos de exhibicionismo del artículo 185 Código Penal por hechos cometidos el día 24 de octubre de 2016, uno a las 16,50 horas y otro minutos más tarde. Establece el artículo 192 Código Penal, aplicable al delito anterior, que "a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves.

En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”.

Pues bien, de dicho precepto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.- Distingue el precepto, para la imposición de la medida de libertad vigilada, si se trata de un delito grave o menos grave, resultando que en el primer caso la citada imposición resulta imperativa, mientras que en el segundo caso cabe la posibilidad de su no aplicación.

2.- Cuando se trata de delitos menos graves, la medida de libertad vigilada debe ser aplicada con carácter también imperativo cuando se haya cometido más de un delito ya que así lo expone de manera clara el mencionado precepto.

3.- Por lo tanto los requisitos exigidos para que no se imponga la citada medida es que se haya cometido un solo delito de índole sexual, que se trate de un delincuente primario y que se tenga en cuenta la menor peligrosidad del autor.

En el caso que nos ocupa, la medida de libertad vigilada impuesta lo ha sido correctamente por parte de la juzgadora de instancia dado que el Sr. R. ha sido condenado por DOS delitos de exhibicionismo, pluralidad ésta que cierra el paso a la posibilidad de no imposición de la misma.

Respecto del contenido de las medidas de libertad vigilada, el mismo viene regulado en el artículo 106 Código Penal, en el cual se establece que evidentemente dichas medidas deben imponerse en sentencia pero para su posterior cumplimiento a la pena privativa de libertad impuesta y a tales efectos, será en dicho momento cuando se concrete el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en dicho precepto.

En el caso que nos ocupa la juez de instancia ha procedido ya en sentencia a concretar el contenido de la medida de libertad vigilada impuesta, imponiendo en este sentido la prohibición de aproximarse a cada una de las menores a una distancia inferior a 50 metros, así como de comunicarse con las mismas durante un año y el sometimiento al tratamiento médico externo que viene siguiendo el acusado por el mismo tiempo de duración.

Sin embargo, como hemos expuesto anteriormente, no debemos confundir la imposición de la medida de libertad vigilada y su duración, lo cual debe efectuarse en sentencia, y que en este caso resulta correcta por cuanto el recurrente ha resultado condenado como autor de dos delitos, con la fijación del contenido de la misma en la misma sentencia, ya que dicha concreción se debe efectuar con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por lo tanto, en este caso, habiéndose impuesto la pena de tres meses de prisión por cada uno de los delitos cometidos, será cuando se proceda al cumplimiento o, en su caso, suspensión de la ejecución penitenciaria

durante el periodo que se estime pertinente, cuando, en atención a las circunstancias que concurran en ese momento, se concrete el contenido más adecuado respecto de la medida de libertad vigilada impuesta.

Por todo lo expuesto procede la estimación parcial del recurso formulado.

CUARTO.- El contenido de la presente resolución conlleva la declaración de oficio de las costas de esta instancia.

FALLAMOS

1.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia de fecha 30 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de esta ciudad.

2.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado frente a la anterior resolución por la representación legal de D. R. en el sentido de mantener la medida de libertad vigilada impuesta en la sentencia aunque debiendo diferir a la fase posterior al cumplimiento de la pena de prisión impuesta o, en su caso, tras el finalización del plazo de suspensión en el supuesto de que se estime conveniente la misma, el contenido de dicha medida de libertad vigilada.

3.- Se mantienen el resto de pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida en lo que no se opongan a los indicados anteriormente.

4.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

CONCURRENCIA DE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

16.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN SEGUNDA DE FECHA 26-04-2010

No procede cumplir medida de seguridad en Centro Penitenciario.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Madrid, se dictó Providencia en la Ejecutoria con fecha 5-02-2010, en cuya parte dispositiva se acordó: "Visto el estado de las presentes actuaciones, procédase a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al penado Herminio, legalícese su situación remitiendo oficio al Centro Penitenciario en que se encuentra ingresado, expresivo de que el indicado deberá quedar en calidad de preso a disposición de este Juzgado, para el cumplimiento de las penas impuestas en la presente causa. Debiendo iniciarse antes el cumplimiento de la medida en el módulo que corresponda de dicho Centro Penitenciario, periodo que le deberá ser abonado a la pena de prisión. Remítase copia de la sentencia recaída. Interésese fecha de inicio de cumplimiento de la presente responsabilidad a fin de practicar la oportuna liquidación de condena. Líbrese nota de condena al R.C.P.R, procédase a su averiguación patrimonial."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de Herminio se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la citada resolución, desestimándose la reforma por Auto de 03-03-2010, admitiéndose el recurso de apelación.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, se formó el oportuno rollo, señalándose día para deliberación, la que tuvo lugar en el día de hoy.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Procuradora, actuando en nombre de Herminio, formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la providencia dictada con fecha 05-02-2010 en el Juzgado de Ejecutorias Penales nº 2 de los de Madrid en la Ejecutoria.

Alegaba en su recurso que la sentencia 460/09 condenaba a su mandante como autor de dos robos con violencia, con la eximente incompleta de drogadicción, a la pena de prisión de tres años y a la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación por tiempo máximo de tres años por cada uno de los delitos, debiendo cumplirse en primer lugar la medida de seguridad y, una vez alzada ésta, suspender el cumplimiento de la pena de prisión o ejecutarla.

No obstante, el Juzgado de Ejecutorias en la providencia recurrida ordenó que su mandante quedara interno como penado en el Centro Penitenciario en el que se encontraba ingresado en prisión preventiva por la causa, y que, para el cumplimiento de la medida, debía ingresar en el módulo correspondiente del Centro Penitenciario.

Entendía que el ingreso en un centro de deshabitación no podía asimilarse al ingreso en un módulo terapéutico dentro de una prisión, con contravención de lo dispuesto en los artículos 96, 99 y 102 del Código penal.

Finalmente, solicitaba el ingreso de su patrocinado en un piso tutelado de la asociación Horizontes Abiertos, mientras transcurra por el Juzgado su ingreso en centro oficial de deshabitación de drogas.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al recurso solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- Por Auto de fecha 3-03-2010 se desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 05-02-2009.

CUARTO.- El recurso debe prosperar.

Examinado el testimonio de particulares remitido a la Sala a los efectos de la resolución del recurso, se constata que en la Sentencia dictada con fecha 29-12-2009 en el Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid en el Procedimiento Abreviado se condenó a Herminio, como autor de dos delitos de robo con intimidación, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de drogadicción y la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, imponiéndosele, asimismo, la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación por tiempo máximo de tres años por cada uno de los delitos, con la posibilidad de sustitución durante su

ejecución y, en todo caso, con las previsiones contenidas en el art. 99 del Código Penal.

El tenor literal de la sentencia, declarada firme por auto de fecha 22-01-2010, es claro y debe ser ejecutada, como señala el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus propios términos.

En ella se establece como medida de seguridad una de las contempladas en el art. 96.2 del Código Penal, en concreto la recogida entre las medidas privativas de libertad (que excluye, por tanto, la pretensión del recurrente de cumplirla en un piso tutelado) la de internamiento en el centro de deshabitación (nº 2 del art. 96.2 del Código Penal).

Según el art. 99 del Código Penal, dado que existe una concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena y, una vez alegada la medida de seguridad, el Juez podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3 (como la prevista en el nº 11, la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario).

A su vez, el art. 104.1 del Código Penal señala que en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del art 20, el Juez podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103.

Esto es, la medida de internamiento de tratamiento médico en un establecimiento adecuado, que no podrá abandonar sin autorización del Juez sentenciador y que no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, refiriéndose el art. 102 en concreto a la exención de responsabilidad penal conforme al nº 2 del art. 20, para la que prevé la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, en las mismas condiciones del art. anterior.

Resulta pues, claro, que la medida de seguridad ha de cumplirse en primer lugar y que su cumplimiento no podrá tener lugar en el Centro Penitenciario, que no es un centro de deshabitación, ni público ni privado, por más que en algunos casos consiga este efecto mediante tratamientos

de deshabitación con metadona o análogos, pues, de aceptarse el cumplimiento de la medida de seguridad en un Centro Penitenciario, no existiría diferencia alguna entre la condena a una pena privativa de libertad, sin más, y la condena a dicha pena con imposición de las referidas medidas de seguridad, cuya finalidad se vería frustrada, burlando, además, las previsiones al respecto del Código Penal.

Por ello, visto el contenido de la sentencia, el Juzgado de Ejecutorias deberá acordar lo procedente para que el interno ingrese para el cumplimiento de la medida de seguridad acordada en la sentencia en un centro de deshabitación público o privado debidamente acreditado y homologado por un tiempo máximo de tres años por cada uno de los delitos, debiendo abonarse el tiempo que permanezca en el mismo al de la pena privativa de libertad, sin perjuicio de que, una vezalzada la medida de seguridad, se puede acordar suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar alguna de las medidas del art. 96.3 del Código Penal, sin que proceda para ello poner en libertad al penado ni acordar su ingreso en un piso tutelado, lo cual, en todo caso, debería acordar el Juez de Vigilancia Penitenciaria, todo ello en congruencia con los informes médicos obrantes en la causa que tuvo en cuenta la Juez sentenciadora en su resolución, todo lo cual nos lleva a la estimación del recurso.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales a tenor de lo dispuesto en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda que, ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Herminio contra la providencia dictada con fecha 05-02-2010 en el Juzgado de Ejecutorias Penales nº 2 de los de Madrid en la Ejecutoria, ratificada por Auto de fecha 3-03-2010, por el que se desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra la anterior providencia, debemos revocar y revocamos íntegramente ambas resoluciones en el sentido de acordar el cumplimiento de la medida de seguridad impuesta en la sentencia dictada con fecha 29-12-2009 en el Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid en el Procedimiento Abreviado de internamiento en un centro de deshabitación público o privado debidamente acreditado y homologa-

do en las condiciones expresadas en la presente resolución de oficio de las costas causadas en esta instancia.

17.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, SECCIÓN SEGUNDA DE FECHA 27-09-2011

Ante el quebrantamiento de la medida, procede el cumplimiento de la pena.

ANTECEDENTES PROCESALES

Primero.- La representación procesal de Bernardino presentó recurso de apelación contra el auto de fecha 19 de mayo de 2011, desestimatorio del recurso de reforma presentado contra el auto de fecha 29 de marzo de 2011 que acordaba el ingreso en prisión, comunicada, del penado Bernardino, para el cumplimiento de la pena que le fue impuesta de un año y nueve meses de prisión, dictado por el Juzgado de lo Penal N° 4 de Tarragona en el procedimiento seguido como Ejecutoria.

Segundo.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso de apelación presentado e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

Tercero.- Elevada la causa a esta Audiencia Provincial, y tras su reparto a esta Sección Segunda, se acordó la formación del correspondiente rollo de apelación, con designación de Ponente, quedando pendiente el recurso de resolución, tras la deliberación y votación que ha tenido lugar en el día de hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la parte apelante la resolución que acordaba el cumplimiento de la pena de prisión de un año y nueve meses impuesta al penado Bernardino en Centro Penitenciario y solicita que se valore la posibilidad de que se ordene el reingreso del penado en el mismo centro del que se evadió o en otro que corresponda a su actual situación, para el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad.

Impugna el recurso de apelación presentado el Ministerio Fiscal e interesa la confirmación de la resolución recurrida al considerar que de la conducta del penado, evadiéndose del centro de la comunidad Eguerio donde ingresó para el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta, se desprende la voluntad de no querer someterse a un tratamiento de deshabitación y, en correlación, su voluntad de no cumplir con la pena impuesta.

SEGUNDO.- Examinadas las actuaciones, la Sala considera que no procede acceder a lo peticionado por la parte recurrente, pues al penado Bernardino se le condenó en sentencia de fecha 10/07/2007, dictada de conformidad con las partes por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Tarragona, y declarada firme en el mismo acto del juicio oral, como autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, perpetrado en casa habitada, concurriéndole la eximente incompleta del artículo 21.1ª, en relación con la eximente del artículo 20.2ª, de drogadicción, así como la atenuante del artículo 21.5ª, de reparación del daño, y la agravante de reincidencia del artículo 22.8ª, todos ellos del Código Penal, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión y medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación homologado para el tratamiento de su drogadicción y patologías asociadas por tiempo de 1 año y 9 meses. En fecha 7 de agosto de 2007 se procedió al traslado del penado desde el centro penitenciario a la comunidad terapéutica Egueiro, para dar cumplimiento a la medida de seguridad. En fecha 5 de septiembre de 2007 el penado Sr. Bernardino se fugó del referido centro de deshabitación Egueiro.

Ante ello, es evidente que el penado con su fuga del centro de deshabitación procede de forma voluntaria a optar por el apartamiento del cumplimiento de la medida de seguridad en el centro Egueiro, y como quiera que en el presente supuesto la pena impuesta era la pena de prisión y la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación, ello comporta que no nos encontremos en el supuesto del artículo 100.1 del Código Penal, alegado por la parte recurrente, que dispone que "el quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el Juez o Tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiere evadido o en otro que corresponda a su estado", disposición sólo aplicable a aquellos casos en los que, al apreciar una eximente de la responsabilidad criminal, se hubiera adoptado exclusivamente una medida de seguridad consistente en el internamiento en centro adecuado a la enfer-

medad o dependencia sufrida por el imputado (artículos 101, 102 y 103 del mismo texto legal). Ello es lógico pues, quebrantada la medida, no queda otra posibilidad que rehabilitarla con un nuevo internamiento.

Sin embargo, cuando se impone, como en el presente caso, una pena privativa de libertad y una medida de seguridad, iniciando ya el cumplimiento de la medida y quedando ésta quebrantada por la sola voluntad del penado, deberá de aplicarse el artículo 99, considerandoalzada la medida e iniciando el cumplimiento de la pena privativa de libertad, a la cual deberá de aplicarse el tiempo que del internamiento se hubiera cumplido, aplicación que se verificará al hacerse la correspondiente liquidación de condena y que en el presente supuesto finalizaría el cumplimiento en fecha 22 de noviembre de 2012, según consta en la liquidación de condena practicada en la Ejecutoria de fecha 29 de marzo de 2011.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación presentado.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

- a) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Bernardino.
- b) CONFIRMAR el auto de fecha 19 de mayo de 2011, que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 29 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado de lo Penal Nº 4 de Tarragona en el procedimiento Ejecutoria.
- c) Declarar de oficio las costas de esta alzada.

18.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPUZCOA, SECCIÓN PRIMERA DE FECHA 15-11-2019

Concurrencia de pena y medida de seguridad. Especial mención al artículo 99 del Código penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Jon se interpuso recurso contra el auto de fecha 2 de julio de 2019, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia - San Sebastián. Admitida la apelación se impugnó por la representación procesal de Beatriz y por el Ministerio Fiscal, elevándose los autos a esta Audiencia teniendo entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 1 de agosto de 2019, siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal. La fecha para la celebración de la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 7 de noviembre de 2019.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate 1.- La representación procesal de D. Jon recurre en apelación los autos del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián, de fecha 23 de mayo y 2 de julio, ambos de 2019, que acuerdan: i) no aplicar el artículo 99 del Código Penal, teniendo por subsistentes las penas de 4 meses de prisión y 8 días de localización permanente y ii) oír a las partes respecto a la suspensión o cumplimiento de las referidas penas privativas de libertad. La parte apelante postula la revocación de ambas resoluciones y el pronunciamiento de otra por la que se tenga por cumplida la pena de prisión de 4 meses y los 8 días de localización permanente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 del Código Penal y, subsidiariamente, acordar su suspensión. Sostiene, para justificar su petición, que se ha producido una infracción de lo dispuesto en los artículos 96.2 y 99 del Código penal aduciendo que: i) la sentencia firme de 24 de octubre de 2016, pronunciada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Donostia-San Sebastián, además de la pena de 4 meses de prisión y 8

días de localización permanente, impuso al Sr. Jon la medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado para el tipo de anomalía o alternación psíquica que padece por un plazo máximo de ocho meses, a cumplir de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del Código Penal; ii) ante la imposibilidad de encontrar un centro médico adecuado para el internamiento, el Sr. Jon ingresó voluntariamente en el Programa del Proyecto Hombre el 5 de marzo de 2018 y, tras finalizar la fase de acogida, inició el día 26 de junio de 2018 la fase de comunidad, donde se encuentra en la actualidad; iii) Cuando se encuentra en la fase de comunidad se acuerda por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián, mediante autos de 28 de septiembre de 2018 y 7 de enero de 2019, la sustitución de la medida de internamiento impuesta en sentencia por el ingreso en la Comunidad Terapéutica de Proyecto Hombre del artículo 96.2 (internamiento en un centro de deshabitación) con un máximo de ocho meses. Con estos datos, la parte apelante considera que el sometimiento al Programa educativo terapéutico de Proyecto Hombre es una medida de privación de libertad contemplada en el artículo 96.2 del Código Penal, como así lo consideró el Juez de Ejecución Penal, razón por la cual, aplicando lo dispuesto en el artículo 99 del mismo texto legal, hay que tener por cumplida la pena de ocho meses de prisión y 8 días de localización permanente, dado que desde lo acordado en el auto de 28 de septiembre de 2019, el Sr. Jon sigue ingresado en régimen de residencionalidad en la Comunidad Terapéutica Proyecto Hombre.

2.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la resolución recurrida. La representación procesal de la víctima postula se acuerde, en su caso, la suspensión ejecutiva previstas en el artículo 80.3 y 5 del Código Penal, condicionando su vigencia al cumplimiento del abono de la responsabilidad civil ex delicto y al seguimiento del tratamiento terapéutico.

SEGUNDO.- Términos de la resolución recurrida Los autos recurridos justifican su decisión en los siguientes términos argumentales:

"Visto que el tratamiento cumplido tras el auto de 28/09/2018 no ha consistido en una medida de internamiento, es evidente que no cabe aplicar el artículo 99 del Código Penal previsto únicamente para medidas de seguridad PRIVATIVAS de libertad. Consecuencia de ello es que la pena de prisión subsista y deba oírse a las partes sobre la forma de su cumplimiento".

TERCERO.- Aplicación del artículo 99 del Código Penal 1.- El examen de la ejecutoria permite dejar constancia de los siguientes datos relevantes para resolver el recurso de apelación, referidos al Sr. Jon:

1.1.- La sentencia firme de 24 de octubre de 2016 le condenó, como autor de un delito de coacciones leves intrafamiliares, con la concurrencia de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a la pena de cuatro meses de prisión y la medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica por un plazo máximo de ocho meses a cumplir de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del Código Penal. También le condenaba, como autor de una falta continuada de injurias y vejaciones injustas, a la pena de ocho días de localización permanente. En la declaración probatoria se indica que en la fecha de los hechos el apelante tenía sus facultades intelectivas y volitivas gravemente alteradas como consecuencia del consumo perjudicial de anfetaminas (speed) y alcohol que derivó en un cuadro de psicosis inducida por tóxicos, presentando síntomas compatibles con una descompensación psicopatológica con síntomas psicóticos.

1.2.- El auto de 18 de enero de 2018 desestimó la solicitud del apelante de que se cumpliese la medida de seguridad privativa de libertad en un Centro Penitenciario (donde ya estaba cumpliendo otras penas de prisión).

1.3.- El auto de 23 de marzo de 2018, ante la información del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza de que el tratamiento psiquiátrico adecuado era el ambulatorio, acordó oír a las partes respecto a la posibilidad de sustituir la medida de internamiento impuesta por otra de las medidas previstas en el artículo 96 del Código Penal.

1.4.- El auto de 28 de marzo de 2018 acordó la sustitución de la medida de internamiento psiquiátrico impuesta en la sentencia por la medida de ingreso en la comunidad Terapéutica de Proyecto Hombre del artículo 96.2 (internamiento en centro de deshabitación) por un plazo máximo de seis años. Posteriormente se rectificó este último extremo y se fijó que el ingreso en Proyecto Hombre tiene una duración máxima de ocho meses (auto de 7 de enero de 2019).

1.5.- El apelante había ingresado en el Proyecto educativo terapéutico Proyecto Hombre el día 5 de marzo de 2018. Tras permanecer en la fase de Acogida hasta el día 26 de junio de 2018, inició, en esta última fecha, la fase de comunidad Terapéutica, donde permanece.

2.- La valoración de los datos anteriormente reseñados justifica las siguientes conclusiones:

2.1.- Le medida de internamiento en el Proyecto Hombre sustituyó a la medida de internamiento en un centro adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica impuesta en la sentencia. Conforme al sentido gramatical de la palabra sustituir, la medida de internamiento en Proyecto Hombre ocupó el lugar que antes tenía la medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico adecuado.

2.2.- Las medidas de internamiento en centro psiquiátrico (que era la impuesta en la sentencia firme) y de internamiento en centro de deshabituación (que es la que sustituye a la anterior) son privativas de libertad (artículo 96.2.1º y 2º del Código Penal).

2.3.- Las penas de prisión y de localización permanente son privativas de libertad (artículo 35 del Código Penal).

2.4.- Cuando se impone a la misma persona una pena privativa de libertad (aquí, penas de prisión y de localización permanente) y una medida privativa de libertad (en este caso, internamiento en un centro de deshabituación) el artículo 99 del Código Penal obliga a tres cosas: la primera, ordenar que se cumpla la medida de seguridad; la segunda, que el tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad se abone al de la pena y, la tercera, que, una vez cumplida la medida y producido el abono, si todavía hubiera pena que cumplir decidir la suspensión de del cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad, si con la ejecución de la pena privativa de libertad se pusieran en peligro los efectos conseguidos con la medida.

Por lo tanto, es obvio que las resoluciones recurridas infringieron lo dispuesto en el artículo 99 del Código Penal. Por lo referido, procede acordar su revocación y estimar, tal y como la parte apelante, cumplidas las penas de ocho meses de prisión y ocho días de localización permanente.

LA SALA DISPONE

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jon revocamos los autos del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián, de fecha 23 de mayo y 2 de julio, ambos de

2019, y, en su lugar, acordamos tener por cumplidas las penas de 4 meses de prisión y 8 días de localización permanente impuestas en la sentencia firme de 24 de octubre de 2016 pronunciada por el Juzgado de lo penal nº 1 de Donostia-San Sebastián.

19.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE VIGO, DE FECHA 27-12-2019

Cumplimiento de la medida de sumisión a tratamiento en el módulo de psiquiatría

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público con uso de armas y menor entidad previsto y penado en los artículos 237 y 242.2.3 y 4 del Código Penal, concurriendo la agravante de reincidencia del 22.0 y la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el 20.1, reputando penalmente responsable en concepto de autor al acusado, y solicitando que se le impongan las penas de trece meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y obligación de sumisión a tratamiento adecuado a sus patologías durante el mismo tiempo por aplicación de los artículos 96.6.3 y 106.1.k, más las costas.

SEGUNDO.- El Letrado del acusado mostró su conformidad con la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, conformidad que fue ratificada por el acusado.

TERCERO.- En atención a lo anterior se dictó Sentencia "in voce", según consta documentado y conocida por las partes manifestaron su intención de no recurrirla, por lo que en ese mismo acto fue declarada firme.

II.- HECHOS PROBADOS

Por conformidad se declara probado que el acusado, sobre las 11:45 horas del día 3 de febrero de 2018, con intención de obtener un inmediato

e ilícito beneficio patrimonial a costa de lo ajeno, se dirigió a la farmacia, y en su interior, exhibiendo un cuchillo a 3-a altura del pecho, le pidió a la farmacéutica el dinero de la caja registradora y medicación. Cuando la anterior, que se negó a entregarle el dinero, le dio una caja de rubifen, abandonó el lugar. La titular de la farmacia, no reclama nada.

El acusado fue ejecutoriamente condenado por delitos de idéntica naturaleza en virtud de:

- Sentencia firme de 22 de febrero del 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo en la causa ejecutoria, a dos años de prisión;

- Sentencia firme de 20 de febrero del 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Bilbao en la causa ejecutoria, a un año y tres meses de prisión;

- Sentencia firme de 14 de junio del 2011 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Langreo, ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 1 de Langreo, a dos años de prisión;

- Sentencia firme de 27 de abril del 2011 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo, causa ejecutoria, a la pena de un año de prisión, con suspensión revocada el 01/07/13.

La fecha de extinción de las condenas del Penal nº 2 de Oviedo es el 19/12/2016.

El acusado está diagnosticado de un trastorno orgánico de la personalidad con sintomatología delirante agravado por el consumo de tóxicos, lo que hace que a la fecha de los hechos tuviera afectadas sus capacidades.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Teniendo en cuenta las penas pedidas por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, y dada la conformidad prestada por la defensa del acusado ratificada por éste, procede dictar sentencia según la calificación de la acusación, dado que los hechos son constitutivos de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público con uso de arma y menor entidad previsto y penado en los artículos 237 y 242.2.3 y 4 del Código Penal, concurriendo la agravante de reincidencia del 22.1 y la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el 20.1, y las penas

solicitadas corresponden a dicha calificación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en consecuencia, procede condenar al acusado como Autor penalmente responsable del delito ya descrito en el antecedente primero, y haciendo los oportunos pronunciamientos sobre responsabilidad civil.

SEGUNDO.- La costas son consecuencia de la responsabilidad criminal ahora declarada (artículo 123 del Código Penal, 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

VISTOS.-Los artículos citados y demás de aplicación del Código Penal y de la legislación orgánica y procesal,

FALLO

Que por su conformidad debo condenar y condeno al penado, como autor penalmente responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público con uso de armas y menor entidad previsto y penado en los artículos 237 y 242.2.3 y 4 del Código Penal, concurriendo la agravante de reincidencia del 22.8 y la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el 20.1, a las penas de 13 de meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio por el tiempo de la condena, y obligación de sumisión a tratamiento adecuado a sus patologías durante el mismo tiempo por aplicación de los artículos 96.6.3 y 106.1.k con expresa condena en costas.

PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE VIGO DE FECHA 27-12-2019

A la vista del anterior informe del Ministerio Fiscal, adjunto remito copia de la Sentencia -ya firme- dictado en la causa contra el penado.

La obligación de sumisión a tratamiento por la eximente incompleta reconocida ha sido impuesta como medida de seguridad, resultando en tal situación de aplicación lo dispuesto en el art 99 del Código Penal que señala que “en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad el juez o tribunal deberá ordenar el cumplimiento de

la medida, que se abonará al de la pena”, debiendo así el reo continuar con el tratamiento médico que dice seguir en el módulo de psiquiatría al ser requerido por este Juzgado al cumplimiento de la pena.

20. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, TRIBUNAL DEL JURADO, DE FECHA 22-06-2020

Aclaración en situación de concurrencia de pena y medida de seguridad en caso de eximente incompleta.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa referenciada se ha dictado sentencia en fecha 17/03/2020 cuyo fallo es el siguiente:

"Que debo condenar y condeno a la acusada, como autora de un delito de asesinato, ya definido a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En dicho periodo de tiempo la condenada debe recibir, como medida de seguridad, que también se impone, el tratamiento médico que necesite, conforme a lo establecido en el ED 5º de esta resolución.

De igual modo, en el cómputo de la pena impuesta, se descontará el tiempo sufrido en la situación de prisión provisional.

Y ello con imposición de las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia al Ministerio Fiscal, y a la condenada, ha transcurrido el plazo legal sin que, por ninguna de ellas, se haya interpuesto recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- No habiendo sido interpuesto recurso alguno, dentro del término legal, contra la sentencia dictada en la presente causa, procede declarar firme la misma y practicar las diligencias necesarias para su ejecución.

PARTE DISPOSITIVA

Se declara FIRME la Sentencia dictada en esta causa respecto de la acusada, haciéndose las anotaciones oportunas en los libros de registro.

Expediente de ejecución 35/2020 (Tribunal del Jurado 1469/2019)

Por haberlo acordado en resolución dictada en la ejecutoria arriba referenciada, dirijo a Vd. el presente a fin de participarle que el interno, queda como preso sentenciado a disposición de este Tribunal para cumplir la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN de prisión impuesta en la causa de referencia.

Asimismo, adjunto remito testimonio de la Sentencia -ya firme- dictada en la causa de la anotaciones del margen contra el penado citado, actualmente interno en ese Centro, a fin de que conste en su expediente carcelario y se informe a este Tribunal de la fecha en que puede iniciar el cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta en la misma, para practicar la oportuna liquidación de condena, así como los días que pueden abonarse como prisión preventiva.

Se adelanta el presente vía fax para la legalización del interno como preso sentenciado a disposición de este tribunal, remitiéndose por correo certificado el presente junto a los documentos señalados.

Solicitud de aclaración por parte del Centro Penitenciario

Recibida por este Centro Penitenciario la Ejecutoria Penal en la que se condena a la interna a 8 años de prisión y a la medida de seguridad de sometimiento a tratamiento médico que necesite, se requiere aclaración en el siguiente aspecto:

- Si cuando en el fallo de la sentencia se dispone "que debo condenar y condeno a la acusada, como autora de un delito de asesinato, ya definido a la pena de 8 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. En dicho periodo de tiempo la condenada debe recibir, como medida de seguridad, que también se impone, el tratamiento médico que necesite, conforme a lo establecido en el FD 5º de esta resolución", se refiere a la aplicación de una medida de

seguridad de internamiento en centro psiquiátrico, conforme los artículos 101 y 104.1 del Código Penal, de 8-0-0, así como una pena de prisión de 8-0-0, al haberse apreciado una eximente incompleta del 21.1 del Código Penal, en relación con el 20.1 del mismo texto legal.

- Si cuando en el mandamiento de prisión de fecha 23 de junio de 2020, se dispone que la interna "queda como preso sentenciado a disposición de este Tribunal para cumplir la pena de 8 años de prisión impuesta en la causa de referencia", se refiere al cumplimiento de una medida de seguridad de 8-0-0 y de una pena de prisión de 8-0-0, conforme los artículos 101, 104.1 y 99 del Código Penal.

Ejecutoria Penal del Expediente de ejecución Tribunal del Jurado

En Madrid, a veinticinco de junio de dos mil veinte.

Visto el anterior escrito del Centro Penitenciario la penada ha de cumplir 8 años de prisión en Centro Penitenciario en el que la penada reciba el tratamiento psiquiátrico que necesite para su restablecimiento; lo previsto para una situación no de exención de responsabilidad sino de exención parcial, y a la vista de lo declarado por el psiquiatra del centro penitenciario donde se halla ingresada la penada, quien manifestó que con el tratamiento psiquiátrico, psicológico y farmacológico que está recibiendo, está experimentando una mejora significativa, se considera conveniente que siga recibiendo dicho tratamiento en el lugar y por los facultativos que la atienden.

Y ello, sin perjuicio de que si se plantea algún cambio respecto a la ejecución de la medida del tratamiento psiquiátrico en el Centro Penitenciario durante la pena impuesta, se comunique al Tribunal para que, previo traslado de la incidencia a las partes, se resuelva al respecto.

SUSTITUCIÓN DE MEDIDA DE SEGURIDAD

21.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 20-01-2010

No se puede modificar el plan de ejecución acordado. Supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica.

I. HECHOS

Primero.- Por Auto de 20/11/09, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Penal de Plasencia, se desestimó el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 15/9/09; interponiéndose contra indicada resolución y por la misma representación recurso de apelación, del que se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas y remisión de actuaciones a esta Sección.

Segundo.- Que recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección, se formó el correspondiente rollo, se acusó recibo y se turnaron de ponencia, quedando pendiente de señalamiento de votación y fallo.

Tercero.- Se señala votación y fallo el día dieciocho de enero de dos mil diez, pasando las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para resolver.

Cuarto.- Las formalidades legales se han respetado en este trámite.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- Lo que ahora se cuestiona es el auto judicial de quince de septiembre del pasado año dictado por el Juzgado de lo Penal de Plasencia en relación con la liquidación de condena para Valentín, que resultó absuelto en sentencia y a quien se le estableció la medida de seguridad de sumisión a tratamiento ambulatorio por tiempo de dos años y prohibición de acercamiento y comunicación con la perjudicada por tiempo de cinco años. La ejecución de la sentencia se inició el 19 de enero de 2007 y tras diversos avatares procesales el seis de agosto de pasado año el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Extremadura dictó una resolución en la que acordó proponer al Juzgado la sustitución de la medida de tratamiento ambulatorio

impuesta al penado Valentín por el internamiento en Centro especializado; cuando el Ministerio Fiscal solicitó que se sustituyera la medida de seguridad impuesta en la sentencia por la de internamiento en establecimiento adecuado a la alteración psíquica del acusado es cuando se dicta el auto que ahora nos ocupa y que fue explicado más detalladamente en reforma por el auto de veinte de noviembre del pasado año.

Segundo.- A la vista del segundo auto, folio 111 y siguiente de las actuaciones, nos daremos cuenta de que la tesis del órgano jurisdiccional es la correcta, tanto por las razones expresadas en el mismo como a la vista de la normativa aplicable al caso, ya que nos encontramos que la ejecución de la medida de seguridad tenía un inicio y un fin previamente determinado, que en principio parece que ha sido incumplida en un par de ocasiones; pero lo que no podemos en ningún momento es ni modificar el plan de ejecución acordado ni acordar uno nuevo, algo que iría en contra del reo y supondría una violación de su derecho a la seguridad jurídica; otra cosa es que haya quebrantado la medida de seguridad impuesta, para lo cual ya se ha deducido el correspondiente testimonio; pero de ninguna manera es posible violentar el artículo 3 del Código penal en cuanto a ejecutarse pena ni medida de seguridad en forma distinta a la prevista en la Ley y en los Reglamentos, violación que se produciría si este Tribunal acordara en este momento la modificación de lo decidido en sentencia absolutoria y procediera a sustituir la medida de seguridad impuesta con olvido del artículo citado y del artículo 97 del Código penal en relación con un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, tal y como se llevó a cabo en la actuaciones, pero que no puede tener efectos retroactivos por lo anteriormente dicho.

Tercero.- Desestimado el recurso de apelación del Ministerio Fiscal se declaran de oficio las costas procesales de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DIJO: Se desestima el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto judicial de quince de septiembre del pasado año dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Plasencia y se confirma el mismo, declarándose de oficio las costas procesales de esta alzada.

22.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN DIECISÉIS, DE FECHA 02-02-2010

Se desestima el recurso mediante el que se solicitaba la adopción de una medida de internamiento “ex novo” en fase de ejecución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2008 el Juzgado de lo Penal número 3 de Alcalá de Henares dictó auto en la Ejecutoria disponiendo no haber lugar al cumplimiento en el Centro REMAR de las tres penas de nueve meses de prisión cada una de ellas a que ha sido condenado Justo . El Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación del penado, interpuso contra la anterior resolución recurso de reforma que fue desestimado por auto de fecha 1 de diciembre de 2009, contra el que la misma parte interpuso entonces recurso de apelación.

SEGUNDO.- Tramitado en forma e impugnado por el Ministerio Fiscal, se remitió a esta Sección XVI de la Audiencia Provincial de Madrid testimonio de particulares el cual tuvo entrada el día 29 de enero de 2010, y una vez deliberado quedó el anterior recurso pendiente de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de apelación el penado Justo para impugnar el auto en virtud del cual el Juzgado de lo Penal número 3 de Alcalá de Henares desestima el recurso de reforma interpuesto contra la resolución en la que disponía no haber lugar a que el cumplimiento de las tres penas de nueve meses de prisión a que ha sido condenado en virtud de sentencia firme de fecha 5 de mayo de 2008 como autor de tres delitos de malos tratos, se haga efectiva en el Centro REMAR en el que se encuentra en la actualidad; el recurrente, en definitiva, insiste en que desde el mismo día en que se dictó sentencia se encuentra cumpliendo la pena en el indicado centro de deshabitación, y que fue precisamente ésta la condición del acuerdo alcanzado en el acto del juicio.

Ante todo debemos decir que la sentencia de la que dimana la presente ejecutoria, que efectivamente lo fue de conformidad, nada dice acerca de

esa "condición" a la que se refiere el recurrente. Ni siquiera consta que acusación o defensa realizaran en ese momento alegaciones relativas al lugar de cumplimiento de las penas de prisión impuestas. Tampoco existe resolución alguna al respecto.

La ejecución de las penas no es materia disponible para las partes, por lo que la voluntad del sujeto de someterse a una medida de deshabitación no es suficiente para que así se acuerde (menos aún para que se disponga por el propio penado), pues para ello han de cumplirse una serie de requisitos legales, el primero de los cuales es, sin duda, que así se disponga en una resolución judicial, resolución que, insistimos, no existe en este caso.

Además, lo que en este momento se pide por el recurrente no es la aplicación del artículo 87 del Código penal como alternativa legal (siempre con observancia de los requisitos que en dicho artículo se contemplan) a su ingreso en prisión, posibilidad que ya le fue denegada por auto firme de fecha 1 de julio de 2008. Lo que solicita es que las penas de privación de libertad impuestas se cumplan en un centro de rehabilitación, esto es, que se acuerde una medida de internamiento ex novo en fase de ejecución. Ello implicaría ciertamente una vulneración del principio de legalidad, ya que lo que se prevé en el artículo 95 y siguientes del Código penal no es la adopción de una medida de seguridad no acordada en sentencia sino su cesación, sustitución o suspensión con la excepción de los supuestos de enfermedad mental sobrevinida. Por tanto, es obvio que tales medidas sólo se pueden plantear en aquellos supuestos previstos legalmente y más concretamente, y en lo que se refiere a la situación de los drogodependientes, cuando a los mismos se les haya apreciado en sentencia la existencia de una eximente completa o incompleta o al menos, aunque discutible, de una atenuante simple o analógica.

En el presente caso ni se aprecia en la sentencia la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ni en consecuencia se acuerda la adopción de medida alguna de seguridad, y en concreto el internamiento del penado en un centro de deshabitación.

Por tanto, las penas de prisión impuestas al recurrente habrán de cumplirse de forma inevitable, como así lo ha dispuesto con acierto el Juez a quo, en el Centro Penitenciario correspondiente.

Ello sin perjuicio de las competencias que vienen atribuidas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues según la legislación penitenciaria la

Administración debe procurar al interno el tratamiento adecuado así como la asistencia sanitaria para lograr su reinserción y deshabitación si éste quiere, y de modo especial, el artículo 116 y el 117 del Reglamento Penitenciario establecen programas de actuación especializada para los internos con dependencia a sustancias estupeficientes, como el cumplimiento de la pena en las llamadas unidades extrapenitenciarias a que se refiere el artículo 182, siempre bajo la supervisión y decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En consecuencia, y en atención a todo lo expuesto, no podemos sino desestimar el presente recurso de apelación confirmando íntegramente la decisión del Juzgado de lo Penal.

SEGUNDO.- No se aprecian razones para imponer, por temeridad o mala fe, las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de pertinente y general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de Justo contra el auto de fecha 1 de diciembre de 2009 dictado por el Juzgado de lo Penal número 3 de Alcalá de Henares en la Ejecutoria número 308/2008 que se confirma íntegramente declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

23.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN OCTAVA, DE FECHA 19-10-2016

Se procede a la sustitución de la medida de internamiento en Centro Penitenciario por la de tratamiento ambulatorio siempre que se mantenga el soporte psicoterapéutico de su equipo mental de referencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Visto por los Magistrados de la Sección Octava indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de fecha 12/07/16 dictado en las diligencias referenciadas, recurso que fue interpuesto por el procurador, en nombre y representación de Justo, asistido del letrado. El MINISTERIO FISCAL se opone al mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Que en fecha 12 de julio del 2016 se dicta providencia que desestima la sustitución de la medida de D. Justo. Notificada dicha resolución a las partes por la citada representación procesal se interpuso recurso de apelación. Del recurso de apelación se dio traslado al Ministerio Fiscal que lo impugnó. Seguidamente fueron remitidos a este Tribunal testimonio de actuaciones. Formado el correspondiente rollo, las actuaciones han quedado pendientes del dictado de la presente resolución.

Ha sido designada ponente al Ilma. Sra. Magistrada, quien expresa el criterio del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Que la defensa de D. Justo basa su pretensión en informe emitido por el Centro Psiquiátrico penitenciario, concretamente por el psicólogo clínico de fecha 18/12/2015, donde se señala que el paciente podría continuar extinguiendo la medida de internamiento en un régimen funcional de tratamiento ambulatorio siempre y cuando mantenga el soporte psicoterapéutico en su equipo mental de referencia, siendo muy importante el entorno actual de apoyo que le brinda su familia en la acep-

tación de su identidad sexual y control de impulsos relativos al delito. Asimismo, pone de manifiesto que esta privado de libertad desde 23/04/14 primero como preso preventivo y después por sentencia que le impuso la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico Que a dicha pretensión se opuso el Ministerio Fiscal. Siguiendo la propuesta del juez de vigilancia penitenciaria de fecha 3/02/2016 así como la providencia objeto del recurso.

Que en primer lugar señalar que si bien podría ser más adecuado dictar auto en lugar de providencia, ninguna relevancia tiene a efectos del recurso pues ninguna indefensión se produce. Si es cierto que la resolución adolece de motivación sobre la no sustitución de la medida pues se limita a negarla, infringiendo lo establecido en el artículo 98 del Código penal.

Que el artículo 97 del Código penal establece: "Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará por el procedimiento establecido en el artículo siguiente alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará tal medida sin efecto, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código."

Asimismo, el artículo 98 establece:

"A estos efectos el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales

que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Publicas, y en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene."

De acuerdo con estos preceptos, si bien la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria señala que a la vista de lo informado por el hospital psiquiátrico muestra disconformidad con el tratamiento deambulatorio, mostrándose así mismo conforme con tal decisión el Ministerio Fiscal y el juez de lo penal. La sala entiende es procedente la modificación de la medida y acordar el tratamiento deambulatorio, pues atendiendo al informe del psicólogo clínico expresamente lo que pone de manifiesto es que el paciente podría continuar extinguiendo la medida de internamiento en un régimen funcional de tratamiento ambulatorio siempre y cuando mantenga el soporte psicoterapéutico en su equipo mental de referencia, siendo muy importante el entorno actual de apoyo que le brindara familia en la aceptación de su identidad sexual y control de impulsos relativos al delito y el informe emitido por el psiquiatra de fecha 13/04/2016 que parece es en el que se basan tales decisiones, en absoluto contradice aquel, no alude a la necesidad del mantenimiento de la medida, por el contrario lo que pone de relieve es que no ha recibido tratamiento farmacológico y que viene siendo atendido por el psicólogo del Centro Psiquiátrico Penitenciario, que mantiene una actitud muy colaboradora y participativa y que ha participado en salidas terapéuticas de un día de duración con la tutela del personal del Centro y con las de su familia de hasta diez días, sin que tengan constancia de que se hayan producido incidencias reseñables . En consecuencia no consideramos exista motivación suficiente para mantener la medida cuando su evolución es favorable, ha tenido salidas con la familia de 10 días sin incidencias y el psicólogo que le atiende se muestra favorable al tratamiento deambulatorio condicionado a que se mantenga con soporte psicoterapéutico en su equipo mental de referencia. Consideramos que para cumplir con lo previsto en el art 97 procederá remitir informe al efecto al juzgado de lo penal mensualmente sobre su evolución.

VISTOS los artículos de aplicación y en atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el procurador, en nombre y representación de D. Justo contra la providencia de 12 de

julio del 2016, que desestima la sustitución de la medida de internamiento impuesta a D. Justo. Revocamos la providencia al proceder sustituir la medida de internamiento en centro penitenciario por tratamiento ambulatorio siempre y cuando mantenga el soporte psicoterapéutico en su equipo mental de referencia, debiendo remitir informe al efecto al juzgado de vigilancia penitenciaria mensualmente sobre su evolución, sin condena a las costas procesales de la alzada.

24.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA, SECCIÓN PRIMERA, DE FECHA 04-01-2017

No procede la sustitución de la medida de internamiento por la de tratamiento ambulatorio. El sometido a la medida no está en condiciones clínicas para que opere la sustitución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2.016, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca, y en la Ejecutoria, se dictó resolución cuya parte dispositiva es como sigue:

"Procede mantener la medida de internamiento respeto al interno Claudio, propuesta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de la Comunidad Valenciana con Sede en Alicante, sin perjuicio de las salidas terapéuticas que acuerden los facultativos que le atienden.

Notifíquese ésta resolución al interesado, al Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de la Comunidad Valenciana con Sede en Alicante y al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Contra referido Auto se interpuso recurso de apelación por el Procurador en nombre y representación de Claudio, dándose traslado de referido escrito a las demás partes personadas, se elevó testimonio de particulares a la Audiencia Provincial para dictar resolución, registrándose al Rollo núm. 455/16 y pasando las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal del penado, Claudio, se recurre en apelación el auto dictado por el Juzgado de lo Penal número 1 de esta ciudad, con fecha 8 de noviembre de 2016, en virtud del cual se acordó mantener la medida de internamiento respecto del interno Claudio propuesta por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Comunidad Valenciana, con sede en Alicante, sin perjuicio de las salidas terapéuticas que acuerden los facultativos que le atienden.

Y se interesa por el referido recurrente en esta segunda instancia, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición del recurso, la revocación de la mencionada resolución y que se dicte otra acordando la sustitución de la medida de internamiento que se le aplica por la de tratamiento ambulatorio.

SEGUNDO.- Conviene recordar, antes que nada, que el fundamento de una medida de seguridad como la que se discute en este caso, ex arts. 96, 97 y siguientes del vigente Código penal, es la existencia de peligrosidad criminal en el sujeto afectado por la misma, la cual como estado o situación del mismo es susceptible de evolución e, incluso, de remisión como consecuencia del tratamiento. Es por ello que la exigencia de revisión periódica de esta y otras distintas medidas de seguridad se erige en un requisito dirigido a constatar si subsiste el fundamento que legitima su imposición (así, Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1988).

Es decir, la exigencia de control periódico para determinar la subsistencia o remisión de las circunstancias de peligrosidad que determinaron el internamiento, se configura como requisito esencial del que depende la legitimidad de la privación del derecho fundamental a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española.

De otra parte, las facultades otorgadas al Juez de Vigilancia Penitenciaria para la realización de las diversas propuestas no aparecen, en principio, limitadas por razón de la naturaleza y lugar de ejecución de la medida y claro es que tan pronto el juez de vigilancia, a la vista de los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asisten al interno, estime que se ha producido una evolución que obliga cuando menos a la sustitución o suspensión de la medida, debe elevar la correspondiente propuesta al juez

o tribunal sentenciador, con independencia del tiempo transcurrido desde la fecha del internamiento o desde que se produjo la última propuesta.

Y las normas del Código dotan al juez de un conjunto de instrumentos flexibles para atender a los auténticos caracteres del sujeto afectado y a su evolución, que pasan por la sustitución o inmediata suspensión de la ejecución de la medida de seguridad, siendo así que la primera implica que persiste, a juicio del órgano controlador, la peligrosidad criminal del sujeto que legitimó la imposición de la medida, solo que por razones vinculadas con la adecuación del tratamiento, o por entenderse que la peligrosidad no resulta ya tan grave, procede la imposición de una medida distinta.

En definitiva, es verdad que cualquier medida de internamiento puede sustituirse por cualquiera de las medidas previstas en el nº 3 del artículo 96 del Código penal, con la sola limitación genérica de que la medida resulte más adecuada atendida la evolución del sujeto, –que se presupone que ha sido favorable–, la clase de anomalía, o la menor intensidad de su peligrosidad criminal, mientras que procederá su mantenimiento en tanto que no se hayan producido MODIFICACIONES RELEVANTES en la situación inicial de imposición.

Pues bien, partiendo de tales consideraciones, el recurso apelatorio que nos ocupa debe venir desestimado, pues, pese a las alegaciones contenidas en el mismo, lo que resulta de los informes de evolución unidos al expediente y referidos al apelante Claudio (informes del Equipo multidisciplinar y del Hospital Penitenciario correspondiente) y a los que hacen tanto referencia la Propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante, como la resolución impugnada del Juzgado sentenciador, es que no descartándose la concurrencia de alguna modificación en la evolución del penado, ciertamente favorable, ésta no lo es en la intensidad suficiente como para determinar la sustitución del internamiento en dicho Hospital por la medida de tratamiento ambulatorio pretendida en el recurso.

Quiere decirse que tales informes son concluyentes: todavía el recurrente no está clínicamente en condiciones para que opere dicha sustitución o se le suspenda o levante la tal medida de internamiento, y ello no es incompatible con reconocer que su evolución está siendo favorable y que cuente con apoyos personales que le ayudarían a que la medida interesada pudiera llegar a buen término (compromiso de acogida y acompañamiento, etc.).

Quizá deba de incidirse, antes de alcanzar dicha medida de tratamiento ambulatorio, en la mayor frecuencia en las salidas terapéuticas que, al parecer, ya viene efectuando, con el visto bueno de los facultativos que le atiendan, y sin que por ultimo no resulta comprobado que sea contraproducente en su evolución el mantenimiento de la medida de internamiento, en razón de esa profundización en las salidas terapéuticas.

TERCERO.- En consecuencia, ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por el penado, Claudio, y confirmada la resolución impugnada, declarando de oficio las costas causadas en esta segunda instancia, de conformidad con lo establecido en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA RESUELVE: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del penado, Claudio, y confirmar el auto dictado por el Juzgado de lo Penal número 1 de esta ciudad, con fecha 8 de noviembre de 2016, en virtud del cual se acordó el mantenimiento de la medida de internamiento del recurrente propuesto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2, con sede en Alicante, en la Ejecutoria, declarando de oficio las costas causadas en esta segunda instancia.

25.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 32 DE MADRID, DE FECHA 13-03-2018

Se sustituye la medida de internamiento externo por la de internamiento debido a incumplimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente ejecutoria se tramita como consecuencia de la sentencia firme dictada en fecha 02102/2017 POR LA QUE SE ABSUELVE A C.G.A.D. de los delito de maltrato del artículo 153.2 y 3 del Código penal por concurrir la eximente de anomalía psíquica del artículo 20.1 del

Código penal, imponiéndole la medida de seguridad de seguir tratamiento médico y/o psicológico o psiquiátrico externo acorde a su trastorno en Centro médico por un periodo de cinco meses por cada uno de los cinco delitos de maltrato por los que resultaba condenado, lo que hace un total máximo de veinticinco meses de tratamiento.

SEGUNDO.- En el requerimiento practicado en esta sede judicial, el penado manifiesta estar siguiendo tratamiento en el Centro de Salud Mental de Colmenar Viejo remitiéndose oficio a dicho CSM en fecha 11/04/2017 para que continúe en el mismo el tratamiento por el tiempo establecido en sentencia.

TERCERO.- Constan en autos informes relativos a incidencias graves protagonizadas por el penado que conllevan su expulsión del Centro APAFAM, produciéndose continuos conflictos que dan lugar a nuevas instrucciones judiciales, concurriendo una situación de riesgo de comisión de nuevos delitos, ignorándose su actual paradero.

CUARTO.- En informe del médico que le trata de fecha, y que consta asimismo en autos, se pone de manifiesto que el penado no ha acudido regularmente a las citas establecidas, no pudiendo establecerse una secuencia en el tratamiento.

Dado traslado al Ministerio Fiscal este se ha manifestado en el sentido de sustituir la medida de tratamiento externo por la de internamiento prevista en el artículo 101 del Código penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El artículo 100.2 del Código penal establece que tratándose de otra medida de seguridad distinta del internamiento, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviera prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

En el presente caso, el penado C.G.A.D. no está cumpliendo con la medida de seguridad de tratamiento externo, no acudiendo a las citas. Ante tal quebrantamiento, las repetidas incidencias ocurridas y la necesidad médica de su ingreso en centro adecuado, procede la sustitución del referido tratamiento externo por el internamiento en un centro adecuado a la pato-

logía que padece por plazo máximo de 25 meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100.2 del Código penal.

PARTE DISPOSITIVA

Acordar la sustitución de la medida de seguridad impuesta a C.G.A.D. de tratamiento externo por la de internamiento en centro adecuado a la patología que padece do anomalía o alteración psíquica por plazo máximo de 25 MESES.

26.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 22-03-2018

Se declara ajustado a derecho la sustitución de la medida de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento médico por medida de seguridad privativa de libertad en centro médico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 14 de febrero de 2018 se dictó Auto por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en el que se acordaba sustituir la medida de seguridad impuesta a Pedro Enrique, Auto que notificado fue recurrido en reforma y subsidiariamente en apelación por su representación procesal, adhiriéndose el Ministerio Fiscal, y desestimada la reforma por ulterior resolución de fecha 2 de marzo pasado, se dio trámite al recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

SEGUNDO.- Elevada pieza separada a la Audiencia Provincial y repartidos a esta Sección Segunda, tras la oportuna deliberación expresa el parecer de la Sala la Magistrada Ponente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el Auto de 14 de febrero de 2018, la Magistrada a quo acordó la sustitución de la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento médico-psiquiátrico externo adecuado

a la patología del Sr. Pedro Enrique por tiempo no superior a tres años, por la medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en centro médico-psiquiátrico por un tiempo no superior a esos tres años. Y que por el momento, su cumplimiento se hiciera en un centro penitenciario a expensas de que hubiera una plaza en la Unidad de Psiquiatría Legal del Hospital Aita Menni.

Se ponía de relieve en dicha resolución que del informe del S.V.G.P. y de los informes médicos que lo acompañan, se consideraba necesario modificar la medida de seguridad impuesta en el sentido referido dada la absoluta ausencia de conciencia de enfermedad del penado y su reiterada falta de colaboración con el tratamiento, siendo imprescindible para controlar la esquizofrenia paranoide que padece y con ello su peligrosidad criminal para él y para terceros y evitar una posible reiteración delictiva. Recurrió la representación del penado dicha resolución alegando, y resumimos:

- la imposibilidad de fijar una medida privativa de libertad, por cuanto la pena impuesta en sentencia fue de multa.

- el incumplimiento del tratamiento no debe ser considerado como un indicio de peligrosidad, sino como una faceta de la libertad del individuo a gestionar su salud sin perjuicio de que el órgano judicial pueda establecer otro elemento de seguridad alternativo en caso de incremento del riesgo. En este punto señala que el Auto recurrido no establece el elemento concreto en el que se puede apreciar el riesgo.

- la modificación de la medida se llevó a efecto inaudita parte, lo que a su entender vulnera derechos fundamentales.

Solicitaba este recurrente en definitiva que se declarara la nulidad del Auto, acordándose que el penado continúe en el mismo régimen de cumplimiento o subsidiariamente, que el internamiento se realice en centro adecuado, aguardando a la disposición de plazas, y ello previa audiencia a la defensa.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, con remisión a su informe de 30 de enero último, en tanto que de la interpretación conjunta de los artículos 97 y 100 del Código penal, no cabe la sustitución operada por ser más gravosa para el penado.

Examinada la pieza, los informes del S.V.G.P. y de los distintos establecimientos sanitarios que en ella constan, el recurso va a prosperar parcial-

mente pues si bien la negativa del penado –derivada de actos palmarios– a seguir el tratamiento médico-psiquiátrico adecuado a su enfermedad supone un incumplimiento de la medida de seguridad que le fue impuesta, amparando la Ley Penal la sustitución efectuada por el Juzgado a quo, reputa la Sala que su ingreso en centro penitenciario en el ínterin de que haya disposición de plaza en centro adecuado, no es admisible.

SEGUNDO.- En sentencia de 16 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Bilbao, se condenó a Pedro Enrique como autor de un delito de atentado, concurriendo la exigente incompleta de alteración psíquica y la agravante de reincidencia, a la pena de ochenta días de prisión (sustituida ope legis, artículo 71.1 y 2 del Código penal, por multa de ciento sesenta días) imponiéndosele también la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento externo adecuado a su patología por tiempo de tres años.

Declarada firme la citada resolución y solicitado al Servicio Vasco de Gestión de Penas que procediera a elaborar un plan de ejecución de dicha medida de seguridad, en fecha 7 de diciembre de 2017 –y toda vez que por entonces el penado se encontraba ingresado en el Hospital Psiquiátrico de Zamudio por un expediente de internamiento del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Bilbao– aquel servicio propuso que se llevara a cabo en dicho centro, con fecha de liquidación la de ingreso en el Hospital (9 de septiembre de 2017) dictándose por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en fecha 14 de diciembre de 2017 Auto aprobando dicho plan.

Es un mes después, el 23 de enero de 2018, cuando el S.V.G.P. propone la modificación de la medida de seguridad de sumisión a tratamiento externo, por otra de internamiento a cumplir en la Comunidad Terapéutica de Etorikintza porque, diagnosticado el Sr. Pedro Enrique de esquizofrenia paranoide, disfunciones cognitivas principalmente ejecutivas por abuso de tóxicos, trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDHA), trastorno mixto de la personalidad, dependencia a opiáceos en tratamiento sustitutivo con metadona, abuso de múltiples tóxicos, presentando también alteraciones conductuales sin claro objetivo, dadas las características del paciente (baja tolerancia a la frustración, impulsividad, demandas constantes, afectividad pueril, con amenazas ante las negativas y los límites) en caso de que en dicho recurso [Etorikintza] presentara problemas de comportamiento de difícil manejo o amenazas o riesgo de fuga, el recurso más adecuado sería el ingreso en Aita Menni.

De esta sugerencia del S.V.G.P. se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la defensa del penado, oponiéndose ambos a la modificación pretendida por aquel servicio dictándose en fecha 1 de febrero de 2018 Auto que mantenía la medida tal y como se acordó en su inicio, pero en el que se advertía al penado que si en la Comunidad terapéutica de Etorikintza presentara problemas de conducta que perturbaran el normal comportamiento de ésta o abandonara la misma, sin estar previamente autorizado por este Juzgado, se procederá a modificar la medida de seguridad.

En fecha 12 de febrero de 2018, el S.V.G.P. comunicó al Juzgado que el día anterior Pedro Enrique había abandonado aquella comunidad terapéutica y al día siguiente se supo que se encontraba en el Servicio de Urgencias del Hospital de Basurto al que el propio penado acudió de forma voluntaria en estado de agitación y con riesgo de agredirse a sí mismo y a terceros.

En informe de fecha 13 de febrero de 2018, el C.S.M. Juan de Ajuaguerra exponía que se recomendaba para el tratamiento del penado de una unidad cerrada, que ofrezca seguridad y que permita la contención y custodia.

TERCERO.- Expuesto esto, conviene recordar que la Ley Penal permite que durante la ejecución de la sentencia el Juez o Tribunal sustituya la medida de seguridad impuesta en sentencia por otra que estime más adecuada (artículo 97 c) del Código penal) y que en el caso de quebrantamiento de una medida de seguridad que no sea de internamiento –como la de autos– el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad (artículo 100.2 del Código penal) añadiendo este precepto que los casos de negativa a seguir un tratamiento médico, no constituyen un quebrantamiento (en el sentido del artículo 468.1 del Código penal con la correspondiente deducción de testimonio) pero que en estos casos podrá sustituirse el tratamiento rechazado por otra medida de seguridad de entre las aplicables al supuesto concreto.

Así las cosas, sentado que:

- la pena impuesta originariamente fue privativa de libertad, por más que por razones de política criminal (ser inferior a tres meses) hubiera de sustituirse por multa (que por insolvencia y en aplicación del artículo 53

del Código penal, ha revertido a 80 días de responsabilidad personal subsidiaria);

- que el penado abandonó Etorikintza a los pocos días de su ingreso, lugar donde debía seguir tratamiento externo establecido en sentencia;

- que había sido advertido en resolución judicial que ello podría conllevar la modificación de las condiciones de la medida;

- que su defensa tuvo conocimiento de la modificación sugerida por el S.V.G.P. a la que se opuso y

- que tras el abandono de Etorikintza mostró un comportamiento sugestivo de riesgo para él y para terceros, han de decaer los motivos recursivos de la apelante y de su adherida en lo sustancial, en tanto que reiteramos la Ley Penal contempla la posibilidad de sustituir la medida originariamente impuesta en casos como el expuesto, y que la de internamiento está prevista para un supuesto como el de autos (artículo 96.2.1ª del Código penal) debiendo concluirse que el establecimiento de un tratamiento en régimen de internamiento se ajusta a Derecho.

Dicho esto, reputa la Sala que el hecho de que no exista plaza en el centro elegido por el Servicio, no puede ser motivo para que el penado sea ingresado en Centro Penitenciario, no tanto porque aquel no debe pechar con las carencias asistenciales de la Administración, que deberá buscar acomodo al penado bien en centro de la red pública de salud o en su defecto, en centro privado, sino porque el sistema vicarial que rige en esta materia (artículo 99/104.1 del Código penal) impide el cumplimiento previo de la pena de privación de libertad que de facto se está llevando a cabo.

En atención a lo expuesto

DECIDIMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN subsidiariamente interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación de Pedro Enrique, y DESESTIMAR LA ADHESIÓN efectuada por el Ministerio Fiscal, ambos frente al Auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en fecha 14 de febrero de 2018, REVOCANDO dicha resolución, acordando que el penado cumpla la medida de seguridad de libertad vigilada de tratamiento médico acorde a su anomalía o alteración psíquica

que se acordó en sentencia, en régimen de internamiento en centro adecuado, procediendo a su inmediata puesta en libertad, con declaración de las costas de oficio.

27.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, SECCIÓN PRIMERA, DE FECHA 19-09-2018

Se confirma la sustitución de la medida de libertad vigilada por la de internamiento en centro psiquiátrico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao se dictó con fecha 1 de junio de 2018 Auto cuya parte dispositiva dice: "1.- Se desestima Totalmente el recurso de reforma interpuesto por Juan Alberto contra auto de fecha 2/5/2018."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de Juan Alberto y admitido a trámite se remitió testimonio de particulares a esta Audiencia, donde se formó el rollo y se siguió el recurso por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente se muestra disconforme con la decisión adoptada por la Juez de ejecución penal por la cual modifica la medida de seguridad que se había impuesto a Juan Alberto y en su lugar adopta la de internamiento en centro psiquiátrico. Considera el recurrente que dado que la pena impuesta al penado fue la de multa y no la de prisión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 95 del Código penal no es posible imponer otras medidas que no sean las no privativas de libertad, como la libertad vigilada que se adoptó desde el inicio.

El Ministerio Fiscal ha solicitado la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Pues bien entiende la Sala que el argumento utilizado por la juez de instancia es correcto.

Para centrar la cuestión diremos que las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, responden al concepto de peligrosidad en el autor, peligrosidad que ha demostrado en función de circunstancias que generalmente están vinculadas a la imputabilidad. Precisamente por ello, porque prima el concepto de peligrosidad sobre la culpabilidad, las medidas son revisables en ejecución de sentencia, en función de la evolución del sujeto.

Y en este sentido lo relevante para valorar la peligrosidad del sujeto es que haya cometido una acción que está considerada como delito en el código penal y que en el sujeto concurren circunstancias normalmente relacionadas con su imputabilidad que permitan hacer una valoración de tal peligrosidad criminal. El texto penal además establece que para poder imponer medidas que supongan privación o restricción de libertad, esa conducta debe estar sancionada con pena de prisión, es decir, que tenga la gravedad suficiente para estar sancionada con pena de prisión. Si esto no se da, es decir, si la pena es distinta a la prisión, esto es, la multa por ejemplo, las medidas no podrán ser privativas de libertad.

La pena impuesta al penado fue de privación de libertad, como así puede comprobarse con claridad en el fallo de la sentencia de cuya ejecución deriva este expediente. Se trata de dos penas de prisión de dos meses y medio cada una. Con ello ciertamente el supuesto habilitante para poder adoptar una medida de seguridad privativa de libertad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 95 del Código penal se cumple. Cosa distinta es que por las reglas de ejecución de la pena y para evitar los ingresos en prisión de corta duración el legislador haya previsto una sustitución obligatoria de estas penas cortas en el artículo 71. Pero el fundamento de esta sustitución es éste que acabamos de referir y no cambia la naturaleza de la pena inicialmente impuesta, que no deja de ser privativa de libertad.

En este mismo sentido se ha pronunciado esta Audiencia Provincial (Sección 2ª) en un supuesto similar en sentencia de 22 de marzo de 2018 en la que señala:

"Expuesto esto, conviene recordar que la Ley Penal permite que durante la ejecución de la sentencia el Juez o Tribunal sustituya la medida de seguridad impuesta en sentencia por otra que estime más adecuada (artículo 97 c) del Código penal) y que en el caso de quebrantamiento de una

medida de seguridad que no sea de internamiento -como la de autos- el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad (artículo 100.2 del Código penal)." Y añade que esto es posible porque " la pena impuesta originariamente fue privativa de libertad, por más que por razones de política criminal (ser inferior a tres meses) hubiera de sustituirse por multa".

Por lo expuesto entiende la Sala que la decisión adoptada por la juez de ejecución penal se ajusta a derecho y que debe ser confirmada íntegramente.

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se aprecian razones de temeridad o mala fe que justifiquen la imposición las costas de esta instancia a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Juan Alberto frente al auto dictado el día 1 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en Ejecutoria. En consecuencia, debe confirmarse la resolución recurrida con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

28.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GERONA, SECCIÓN TERCERA, DE FECHA 24-07-2019

Se estima recurso frente a la sustitución de libertad vigilada por la de internamiento en unidad psiquiátrica penitenciaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el auto dictado en fecha 14-6-2019 por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Girona en la Ejecutoria se acordó la sustitución de la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta a Angélica por la de interna-

miento psiquiátrico en la unidad psiquiátrica penitenciaria que se considere más conveniente por la Administración Penitenciaria en consideración a las características de su trastorno y ello desde la fecha de esta resolución hasta las 00:00 horas del 30-11-2021.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se interpuso por la referida representación procesal, recurso de reforma y subsidiario de apelación, que fue desestimado el primero por resolución de fecha 2-7-2019. El recurso de apelación, que fue admitido a trámite y al que se opuso el Ministerio Fiscal por las razones que son de ver en autos, habiéndose remitido a esta Sala testimonio de las actuaciones para adoptar la resolución pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de instancia aduciendo la inexistencia de incumplimiento de la medida impuesta y la indebida aplicación de los artículos 97 c) y 100.2 del código penal.

Subsidiariamente se impugna la duración máxima de la medida.

La Sala debe acoger el cauce impugnativo esgrimido con carácter principal con arreglo a las siguientes consideraciones:

Cierto es que El Juez "a quo" se halla facultado para mutar la medida acordada por otra más gravosa, mas ello debe hallar sustento en un previo incumplimiento de la misma sin que en el caso sometido a deliberación se aprecie conculcación alguna.

Así, el informe emitido por la Sección de Servicios Sociales en el ámbito Penal, en ningún momento se afirma que la penada incumpla simplemente se dice que no puede dar inicio correctamente a la medida impuesta por una falta de concienciación de la penada inducida por el diagnóstico del salud mental de la misma y solicita del Juzgado para su cumplimiento un oficio donde conste por escrito que la penada ha de realizar un seguimiento mensual con el Servicio de Medidas Penales Alternativas incluyendo visitas conjuntas de control, seguimiento y coordinación con el CSM (Centro de Salud Mental).

Como es de ver tampoco solicita su internamiento psiquiátrico.

En segundo lugar tampoco existe referencia, constancia documental u otra probanza que indique que la recurrente no cumpla con el tratamiento ambulatorio que le fue impuesto en sentencia y que se erigiría en causa de calado para calibrar la sustitución de la medida impuesta.

En tercer lugar La resolución combatida alude en soporte de la decisión adoptada a un informe médico del IAS calendado el 4-6-2019, en el que amén de poner de relieve su patología de Esquizofrenia Paranoide y los síntomas propios de la misma que fundamentó la apreciación de la eximente completa en la sentencia que es objeto de ejecución, expone textualmente que "No se indica ingreso psiquiátrico en la Actualidad."

En cuarto lugar, se soslaya por el Juzgador un trámite preceptivo de capital importancia con carácter previo a la sustitución cual es el prevenido en los apartados segundo y tercero del artículo 98 del Código penal, a saber:

"2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto."

Corolario de lo precedentemente razonado es la revocación de la resolución combatida acordando la libertad de la recurrente sujeta las medidas impuestas en la sentencia de la que dimana la presente ejecutoria.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Angélica, contra el auto dictado en fecha 2-7-2019, por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Girona en la Ejecutoria, de la que este Rollo dimana, REVOCANDO en su integridad la resolución recurrida y ACORDANDO: La puesta en libertad de Angélica sujeta las medidas impuestas en la sentencia de la que dimana la presente ejecutoria declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

SUSPENSIÓN DE CONDENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

29.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 07-04-2010

La imposición de la libertad vigilada es imperativa en los casos previstos legalmente, aunque la pena impuesta sea susceptible de suspensión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de noviembre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a Darío como responsable de dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años de edad, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. A.M. Siendo parte recurrida Darío, representado por la Procuradora Sra. A.G. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. dos de Sant Boi de Llobregat de los de Barcelona incoó Diligencias Previas, contra Darío. Una vez concluidas las remitió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha diecinueve de diciembre de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"1º).- Se declara expresamente probado que: el acusado Darío, actualmente de 81 años de edad y sin antecedentes penales, en fechas no determinadas del último trimestre de 2011 entró en contacto con las menores Matilde y Claudia, de 10 y 12 años respectivamente, aprovechando que ambas pasaban cada día frente al bar "Los Maños" cuando, sobre las 08,45 horas de la mañana hacían un recorrido desde su casa hasta la escuela, ubicada en la Avda. General Prim de la ciudad de Sant Boi de Llobregat.

2°).- Aprovechando la confianza que progresivamente iba estableciendo con ellas, en fecha no concretada del mes de noviembre de 2011, el acusado pidió a Matilde –que aquel día iba sola– que le acompañara hasta unos matorrales existentes en el cruce de la citada avenida con la calle Galicia, y una vez allí le ofreció 2 euros a cambio de que le dejara tocarle los pechos por encima de la ropa. Una vez entregada la moneda, y antes de que pudiera ejecutar acción alguna, pasó casualmente por el lugar el conserje de la escuela, lo que provocó que la niña y el acusado se separaran precipitadamente y cada uno reanudara su marcha sin mayores incidencias. Al extrañarle dicha reacción, el conserje puso en conocimiento de la Dirección del centro escolar el hecho, lo que motivó que la jefa de estudios decidiera a su vez comunicarlo a la Policía Local ante la sospecha de que pudiera estarse cometiendo un abuso sexual infantil. Las Autoridades policiales decidieron establecer un seguimiento cauteloso aleatorio de ambas menores, a fin de verificar la autenticidad de tales sospechas.

3°).- En fecha 17 de abril de 2012, sobre las 08,50 h, cuando Matilde y Claudia se dirigían a la escuela, el acusado les salió al paso y les propuso que le acompañaran hasta el cruce de calles antes descrito, zona peatonal muy poco transitada a aquellas horas de la mañana. Una vez allí, les ofreció 2 euros a cada una si se dejaban tocar los pechos por debajo del sujetador, a lo que accedieron ambas. Dicha acción plural –ejecutada con ánimo de satisfacer sus instintos sexuales– fue presenciada a una distancia de 25 metros y fotografiada con "zoom" por el dispositivo policial, formado aquel día por tres Agentes del cuerpo Mossos d'Esquadra y dos Agentes de la Policía Municipal, repartidos y ubicados estratégicamente para cubrir un ángulo de visión de 360°. Al comprobar el alcance de la acción libidinosa, el jefe del operativo dio la orden de detención del acusado, identificación de las menores y decomiso de los 4 euros que estas recibieron para acceder a la solicitud del autor.

4°).- Como consecuencia de los hechos descritos, ninguna de las menores sufrió trastorno emocional ni ha requerido tratamiento psicológico. No consta que el incidente haya afectado a su desarrollo psicoafectivo en cuanto a la relación con personas del sexo masculino.

5°).- El acusado tenía 79 años de edad cuando ocurrieron tales hechos; su nivel cultural es bajo, está viudo desde el año 2000, jubilado percibiendo una pensión mensual, y tenía sus facultades cognitivas conservadas en relación a la capacidad para distinguir la ilicitud jurídica y moral de sus

actos, si bien padecía ya una acusada disminución sensorial respecto a los factores espacio y tiempo, por demencia senil progresiva".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLO.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Darío, como responsable en concepto de autor de dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años de edad, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante cualificada de alteración psíquica, y por ello le imponemos la pena de UN AÑO de prisión por cada delito (total 2 años), con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas. En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a las perjudicadas Matilde y Claudia en la suma de 1.000 euros a cada una, siendo beneficiarios/as de dicha suma a título de administradoras sus respectivos/as progenitores que ostenten la guarda y custodia.

Imponemos al procesado la pena accesoria de prohibición de acercamiento a ambas víctimas, su domicilio, lugar de estudios o trabajo, a distancia no inferior a 500 metros, durante un periodo de 2 años a contar desde la firmeza de esta resolución.

Notifíquese la presente sentencia a todas las partes personadas en este proceso, y al acusado en forma personal, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo, recurso que se deberá anunciar ante esta Sala en el plazo preclusivo de cinco días, cumpliendo los requisitos formales establecidos en la ley de enjuiciamiento criminal».

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 8, 106, 192 del Código penal.

4.- La representación legal de Darío se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, impugnando el único motivo del recurso; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día treinta de octubre de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal: un único motivo por infracción de ley (artículo 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal). Considera que la Sentencia conculca la legalidad al prescindir de la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad que incluía en su pretensión acusatoria.

Se intuye enseguida que la trascendencia práctica concreta del recurso será probablemente nula o muy escasa. La edad del penado, su estado mental del que se hace eco el hecho probado y la pronosticable –según anuncia el Tribunal– intercalación de un sustitutivo penal que puede tener una duración de hasta cinco años y que puede mitigar e incluso evaporar la necesidad de ejecutar esa medida alimentan esa intuición. Pero la casación tiene un alcance que trasciende el caso concreto: homogeneizar la interpretación de la ley. Desde esa óptica es patente la utilidad del recurso. La función nomofiláctica es una de las funciones genuinas y más clásica del recurso de casación.

La medida de libertad vigilada fue acogida en el derecho penal de adultos en la última gran reforma del Código Penal. Son pocos todavía los pronunciamientos sobre tal medida de nueva planta. El Fiscal provoca ahora un nuevo acercamiento jurisprudencial para aclarar una de las cuestiones que puede suscitar alguna duda; o, al menos, la ha suscitado al Tribunal a quo. Contribuye así a esa tarea de unificar la aplicación de las normas penales.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial omite la medida de libertad vigilada posterior argumentando que la condena –dos penas que suman un total de dos años de prisión– es susceptible de suspensión conforme a lo previsto en el artículo 81 del Código penal.

Tal discurso en una primera aproximación parece razonable: si a través de la suspensión de condena se podrán imponer reglas de conducta en gran parte similares al eventual contenido de la libertad vigilada (artículo 83 del Código penal), establecer además esa medida sería –discúlpese el casticismo– como poner "albarda sobre albarda". La libertad vigilada quiere abrir la posibilidad de que algunos penados, acabado el tiempo de prisión, se sometan a pautas o controles para embridar su eventual peligrosidad. Si la pena impuesta es susceptible de suspensión y, por tanto, no va a ser efectivamente cumplida y durante el tiempo de suspensión –que puede extenderse hasta cinco años– el artículo 83 del Código penal faculta para establecer unos controles semejantes, decaería la razón de ser de una medida adicional de libertad vigilada cuyo contenido y finalidad quedarían absorbidos por ese otro instituto jurídico, de naturaleza dogmática muy diferente pero de contenido no solo equivalente sino casi simétrico.

TERCERO.- El recurso del Fiscal ha de ser estimado.

La literalidad de la ley es clara. No admite interpretaciones correctoras, aunque sean bienintencionadas y aparezcan revestidas de una cierta lógica que, sin embargo, claudica ante un examen más detenido.

El artículo 106.2 del Código penal obliga (deberá imponer) al Juez o Tribunal a establecer la medida de libertad vigilada como complemento de la pena de prisión "siempre que así lo disponga de manera expresa el Código".

El artículo 192 del Código penal precepto que denuncia como infringido el Ministerio Público- dispone:

"A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor".

Se habla de los "condenados a prisión", no de los que cumplan pena de prisión.

La libertad vigilada impone un sometimiento a control judicial a través de una o varias de las once medidas previstas (obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicación inmediata de cualquier modificación de residencia, o puesto de trabajo; prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio sin autorización; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que se determinen; prohibición de acudir o residir en lugares específicos; o de desempeñar actividades que faciliten la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares; tratamiento médico externo; o control médico periódico).

La fórmula procesal para la aplicación de esta nueva medida de seguridad se recoge en el segundo apartado del artículo 106 del Código penal: el Juez o Tribunal deben imponerla (obviamente, y por imperativo del principio de legalidad, sólo en los casos en que lo disponga el Código de manera expresa; en la actualidad únicamente supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) en la misma sentencia de condena, pero para su cumplimiento diferido en el tiempo. Ha de ejecutarse después de la pena privativa de libertad (o de la última de ellas, si se hubieran impuesto varias). La medida se inicia en el momento de extinción de la pena de prisión.

A tal fin, con una antelación de dos meses, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elevar al juez o Tribunal sentenciador una propuesta que concrete el contenido aconsejable de la medida, fijando de manera individualizada las obligaciones y prohibiciones específicas que deba observar el condenado.

De forma expresa se prevé que si son varias las medidas de libertad vigilada impuestas y no pueden cumplirse simultáneamente, se ha de llevar a efecto de manera sucesiva. Esta singular previsión legal es significativa a los efectos de lo que aquí se está debatiendo (si las medidas inherentes a una suspensión de condena excluyen una libertad vigilada posterior). Al legislador no le repugna una sucesión de medidas de libertad vigilada. Tampoco debe considerarse, por tanto, extravagante una libertad vigilada que siga a una suspensión de condena.

Con el Fiscal podemos deducir de la exégesis de los preceptos aludidos:

a) Que es preceptiva la imposición de la medida de libertad vigilada a todos los delinquentes sexuales condenados a pena privativa de libertad. Solo cuando se trata de un único delito cometido por un delincuente primario el Juez o Tribunal puede prescindir de ella. No es el caso: el acusado ha sido condenado por dos delitos. El legislador no ha previsto –como podía– otras excepciones.

b) Que la pena impuesta sea susceptible de suspensión no significa que necesariamente haya de concederse ese beneficio. Es más, si se ha dejado de imponer por esa razón la libertad vigilada y luego la suspensión ha de ser revocada por incumplimiento de las condiciones o comisión de un nuevo delito (artículo 84 del Código penal), resultará que dejará de aplicarse después de la prisión una medida complementaria (la libertad vigilada) que el Código prevé como obligatoria.

c) La suspensión de condena según se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo 450/2012, de 24 de mayo con criterio también insinuado en las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo ó 152/2013, de 9 de octubre no deja de ser una forma de cumplimiento como puede inferirse de la rúbrica del capítulo donde está regulada. Por tanto no puede decirse que en esos casos no produciéndose "cumplimiento" no puede existir una medida posterior al "cumplimiento". Estamos ante una *forma sustitutiva* de ejecución.

d) No está la libertad vigilada entre las penas susceptibles de ser "suspendidas" a tenor del artículo 81 del Código penal. La suspensión opera respecto de las penas privativas de libertad, pero no respecto de medidas como la libertad vigilada. Esta puede ser revisada, o acortada o clausurada; pero no "suspendida" (sin perjuicio de lo que dispone el artículo 97 del Código penal).

e) Que en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –últimado el cumplimiento de la pena– ha de realizarse una valoración inicial y un seguimiento posterior no solo para fijar las condiciones y contenido concretos, sino también para reducir su duración o incluso cancelar su ejecución: artículos 106.2 y 3 y 97 del Código penal.

Esta segunda premisa hace que ni siquiera puede tacharse de ilógica o poco razonable la imperatividad de la medida también cuando va precedida de un sustitutivo penal como es la suspensión de condena con unos

contenidos eventualmente equiparables. En esa dirección apuntan varios argumentos:

i) Si la suspensión de condena se ha revelado como suficiente para anular la peligrosidad y deviene innecesaria una libertad vigilada posterior, el órgano judicial podrá no ya acotar su contenido o reducir su tiempo, sino incluso dejar de ejecutar esa medida (artículo 106.3). Si esa posibilidad legal se mantiene abierta, no tiene sentido anticipar en el momento de la sentencia una decisión que podrá tomarse contando con datos actualizados que favorecen el acierto cuando llegue el momento de ejecución de la medida. Si se revela como innecesaria, no habrá de cumplirse. No es razonable cerrar esa puerta que el legislador mantiene accesible hasta que llegue el momento de concretar la medida.

ii) Aunque muy similares, no son idénticos los contenidos eventuales de una libertad vigilada y de las condiciones previstas como regla de conducta en el artículo 83 del Código penal. Como tampoco son iguales las consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de unos y otros (artículos 84 y 106.4 del Código penal).

Por las razones expuestas procede la estimación del motivo con declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a Darío como responsable de dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años de edad, por estimación del motivo único de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA N°: 768/2014

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sant Boi de Llobregat, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima), y que fue seguida por un delito continuado de abusos sexuales contra Darío, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. A.M., se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Procede imponer asimismo una medida postdelictual de libertad vigilada tal y como se ha razonado en la anterior sentencia.

III. FALLO

Que manteniendo en su integridad el resto de pronunciamientos de la Sentencia de instancia debemos condenar y condenamos igualmente a Darío a que cumpla la medida de libertad vigilada por un tiempo de CINCO

AÑOS una vez extinguidas las penas de prisión impuestas y sin perjuicio de las previsiones del artículo 106 del Código penal.

30.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER, SECCIÓN TERCERA, DE FECHA 11-02-2016

Se suspende la ejecución de la pena, manteniendo la libertad vigilada que se convierte en condición expresa de la suspensión.

HECHOS

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Penal N° Cuatro de Santander se dictó el Auto de fecha 16 de septiembre de 2015, contra cuya resolución se interpuso en su momento recurso de reforma que fue desestimado en su día por Auto de fecha veintisiete de Octubre de dos mil quince, habiéndose interpuesto, directamente, el recurso de APELACIÓN que motiva el presente Rollo, por el Procurador, en representación de D. Agustín, mediante el oportuno escrito.

SEGUNDO: Oído el Ministerio Fiscal, informó en el sentido que consta en autos, oponiéndose al recurso.

TERCERO: Al ir a deliberar el recurso, estando vacante una plaza en esta Sección, el Ilmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial acordó que formara Sala a efectos de deliberación la Ilma. Sra. D^a P.A.

Ha sido Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente de esta Sección D. A.A, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO: Recurre el condenado en la presente Ejecutoria el Auto de fecha 16-9-2015, que acuerda denegarle la suspensión de la ejecución de la pena de prisión que le fue impuesta (seis meses), porque la medida de libertad vigilada consistente en tratamiento médico en centro ambulatorio por tiempo de seis meses ha sido incumplida, deduciendo la juzgadora la nula voluntad de rehabilitación del condenado.

Alega el recurrente que está sometido a un plan terapéutico en el Hospital de Sierrallana, que ha pagado la totalidad de la indemnización y que no ha vuelto a delinquir, solicitando que se acuerde la suspensión impetrada y, subsidiariamente, la sustitución de la pena por la de trabajos en beneficio de la comunidad, conforme dispone el artículo 88 del Código Penal vigente en el momento del enjuiciamiento.

Aunque la sumisión al plan terapéutico en el Hospital de Sierrallana parece un poco forzada –vista su fecha, la cita se concierta después del auto que ahora se recurre–, lo cierto es que el recurrente ya se ha sometido al plan terapéutico que como medida de libertad vigilada se le impuso en la sentencia, y además la Sala ha comprobado –mediante actuación del Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección, porque el testimonio remitido por el Juzgado de lo Penal es tan escueto que resultaba absolutamente insuficiente para resolver– tres extremos relevantes para esta decisión: 1º) Que efectivamente el plan en el Hospital de Sierrallana efectivamente se ha iniciado; 2º) Que el recurrente ha abonado íntegramente la indemnización a la que fue condenado en concepto de responsabilidad civil dimanante de la criminal declarada; y 3º) Que el recurrente no ha vuelto a cometer delito alguno, y el único antecedente que tenía ha sido cancelado.

Procede en consecuencia estimar el recurso y acordar la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses de prisión impuesta, por tiempo de DOS AÑOS, con mantenimiento de la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento ambulatorio en el Hospital de Sierrallana durante seis meses, medida que además se convierte en condición expresa de la presente suspensión, de forma que si el recurrente abandona el plan terapéutico citado se revocará la suspensión acordada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Estimar el recurso de APELACIÓN interpuesto por el Procurador, en representación de D. Agustín contra el Auto de fecha 16 de septiembre de 2015 dictado por el Juzgado de lo Penal N° Cuatro de Santander, que se REVOCA y deja sin efecto, y en su lugar se acuerda

suspender la ejecución de la pena de prisión impuesta durante un plazo de dos años, condicionada a que no cometa nuevos delitos durante ese plazo y a que no abandone durante los próximos seis meses el plan terapéutico que en la actualidad sigue en el Hospital de Sierrallana.

El Juzgado a quo deberá notificar la suspensión al condenado, con los requerimientos precedentes.

31.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN VIGÉSIMA, DE FECHA 22-01-2018

Tras la revocación de la suspensión de la pena no procede el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en Centro Penitenciario.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Sabadell se dictó providencia de fecha 18 de mayo de 2017 por el que se acordó no aprobar la propuesta remitida por el Equipo de Medidas Penales Alternativas al haber adquirido firmeza el auto de 24 de enero de 2017 por el que se revocó el beneficio de la suspensión de la pena de cuatro meses de prisión impuesta a Antonio.

SEGUNDO.- Contra dicha providencia se ha presentado escrito por la representación de Antonio solicitando que se dé cumplimiento a la pena de prisión en régimen de internamiento en centro psiquiátrico con base en las alegaciones que se dan aquí por reproducidas, del que se dio traslado a las demás partes, habiendo sido impugnado por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Una vez recibidos los autos en esta Sección se formó el Rollo correspondiente y se señaló día para la deliberación y votación.

La Ponente expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el recurso presentado se solicita que, frente al ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena de cuatro meses de prisión impuesta a Antonio acordado por el Juzgado de lo Penal habida cuenta que le ha sido revocada la suspensión de la ejecución de la pena concedida en su día por haber cometido un nuevo delito, se le imponga la medida de seguridad de internamiento en el centro en el que, en el momento de interposición del recurso, estaba cumpliendo dicha medida de seguridad por otra Ejecutoria.

El Juzgado de lo Penal deniega dicha petición con base en que el auto de fecha 24 de enero de 2017 por el que se revocó el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena y, en consecuencia, el cumplimiento de la pena de prisión es firme, todo ello sin perjuicio del tratamiento que, en su caso, pueda recibir el penado en el Centro Penitenciario en el que ingrese en cumplimiento de lo acordado.

El recurso debe ser desestimado por la extemporaneidad de lo solicitado, puesto que en su momento no se recurrió el auto de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena ni se solicitó que se modificasen las condiciones de la suspensión.

Por otro lado, como se argumenta por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, con posterioridad al informe remitido por el Equipo de Medidas Penales Alternativas que ha motivado la solicitud del recurrente y el dictado de la resolución impugnada, se remitió un nuevo escrito por el Equipo de Medidas Penales Alternativas en el que se informa de la evolución desfavorable del penado, pues presentó dos incidencias conductuales violentas, así como que el penado tiene capacidad tanto para entender que dichas conductas son inadecuadas y capacidad de control, por lo que se entiende adecuado su ingreso en un centro penitenciario en orden a cumplir la pena de prisión impuesta.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Antonio contra la providencia de fecha 18 de mayo de 2017 dictada

por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Sabadell en la Ejecutoria, CONFIRMANDO íntegramente dicha resolución; se declaran de oficio las costas del recurso.

32.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA, SECCIÓN PRIMERA, DE FECHA 12-09-2019

Supuesto de suspensión de la ejecución de la pena una vez cumplida la medida de libertad vigilada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Indalecio se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 5 de abril de 2019, dictado por el Juzgado de Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián. Admitida a trámite la apelación se impugnó por el Ministerio Fiscal elevándose a esta Audiencia los autos, teniendo entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 11 de julio de 2019, siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal. La fecha para la celebración de la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 12 de septiembre de 2019.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

TERCERO.- Siendo ponente en esta segunda instancia la Magistrada Doña M.V..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del recurso

1.- Por la representación procesal de D. Indalecio se interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia que rechaza la suspensión ejecutiva de la pena de prisión de cinco meses impuesta a su representado en sentencia firme.

Reiterando dicha petición en la segunda instancia, aduce que concurren el supuesto actual circunstancias excepcionales que debieran dar lugar a dicha suspensión.

2.- El recurso es impugnado por el Ministerio Público que considera que no se dan los presupuestos reglados y discrecionales para la concesión del beneficio.

SEGUNDO.- Suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

1.- Un examen de la ejecutoria pone de manifiesto los siguientes datos relevantes:

1.1.- en virtud de sentencia de conformidad de 12 de marzo de 2014, el ahora recurrente fue condenado como autor de un delito de atentado, concurriendo la eximente incompleta de embriaguez, a la pena de cinco meses de prisión. Ex artículo 106 k del Código penal se le impuso la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en seguimiento durante cinco meses de tratamiento médico externo para la abstinencia del alcohol, ordenándose "en primer lugar el cumplimiento de la medida que se abonará para el cumplimiento de la pena de conformidad con el artículo 99 del Código penal".

El delito fue cometido en el mes de julio de 2009;

1.2.- hallándose el penado ingresado en el Centro Penitenciario de Dueñas para el cumplimiento de otras condenas, mediante auto de 29 de julio de 2015 se acordó la ejecución de la medida en el programa de deshabitación de aquel Centro Penitenciario;

1.3.- tras diversas vicisitudes procesales, mediante providencia de 15 de febrero de 2016 se dejó sin efecto lo acordado en aquel auto acordándose el cumplimiento de la medida una vez extinguidas las condenas que pesaban con el penado y éste alcanzare la libertad;

1.4.- el penado fue puesto en libertad el 20 de abril de 2017. Por providencia de 28 de abril se requirió a su representación procesal a fin de que pusiera en conocimiento del Juzgado el Centro en que habría de cumplir la medida o si en la actualidad se encontraba siguiendo algún tipo de tratamiento de deshabitación del alcohol.

1.5.- la representación procesal del penado contestó a dicho requerimiento solicitando del Juzgado le fuera hecho personalmente al interesado por cuanto ignoraba su actual paradero;

1.6.- tras expedir requisitorias que fructificaron, en comparecencia personal del penado ante el Juzgado, producida el 25 de febrero de 2018, éste manifestó que era su deseo cumplir la medida en BITARTE, que en dicha fecha no estaba siguiendo tratamiento alguno de deshabitación del consumo de alcohol por cuanto ya no consumía;

1.7.- en fecha 26 de abril de 2018 fue requerido por el Juzgado para comparecer ante el SVGP a fin de dar inicio al cumplimiento de la medida.

En informe emitido por este Servicio en fecha 6 de julio de 2018 se solicitó del Juzgado de Ejecución la aprobación del plan de intervención elaborado en BITARTE donde el penado se encontraba siguiendo tratamiento de mantenimiento con metadona desde el día 2 de mayo de 2018. Mediante auto de 18 de septiembre de 2018 el Juzgado aprobó dicha propuesta;

1.8.- cumplida la medida, por providencia de 10 de octubre de 2018 el Juzgado acordó dar traslado a las partes sobre la procedencia de aplicar el artículo 99 del Código penal. El Ministerio Fiscal se opuso, en tanto que la Defensa del penado solicitó dicha aplicación de acuerdo con lo ordenado en la sentencia;

1.9.- por auto de 31 de enero de 2019 se acordó no haber lugar al abono ordenado en la sentencia por no resultar de aplicación en este caso lo dispuesto en el artículo 99 del Código penal, ordenándose el cumplimiento de la pena de prisión impuesta;

1.10.- firme la anterior resolución, la Defensa técnica del penado solicitó la suspensión ejecutiva de la misma ex artículo 80.3 del Código penal, suspensión rechazada por el Juzgado argumentando que con posterioridad al delito objeto de la causa, el penado había cometido otros delitos;

1.11.- consta en la hoja histórico penal del recurrente que el último delito cometido lo fue el 9 de octubre de 2012;

1.12.- el penado, que ha sido diagnosticado de trastorno disocial de la personalidad, síndrome de dependencia a opioides y consumo perjudicial de múltiples drogas, continua el tratamiento en el CSM BITARTE, acudiendo semanalmente a consulta de seguimiento y dispensación de dosis

con enfermería, y periódicamente a consulta con su psiquiatra de referencia, régimen clínico de mantenimiento supervisado que está dando el resultado apetecido por cuanto en las analíticas de control que se le practican no se han detectado consumos de sustancias tóxicas (informe obrante al folio 409).

2.- El modelo de inexecución sustitutiva previsto en el artículo 80.3 del Código penal (para las penas de prisión que individualmente consideradas no excedan de dos años) precisa una excepcionalidad vinculada a la presencia de elementos subjetivos (circunstancias personales del penado), objetivos (naturaleza del hecho) o conductuales (esfuerzo para reparar el daño) que reflejen que los objetivos de prevención general (ratificación de la vigencia de la norma) y especial (reinserción social) no resultan debilitados por acudir a remedios punitivos distintos a la ejecución penitenciaria de la pena de prisión.

Pues bien, un repaso de los datos anteriormente consignados permite afirmar que en el presente supuesto concurren aquellas circunstancias excepcionales de las que habla el precepto para acordar la suspensión ejecutiva que se postula y ello porque:

- en primer lugar, no puede dejar de valorarse el error esencial provocado en el penado a la hora de prestar su conformidad con los hechos y aceptar su condena; dicha aceptación tenía como base –y así se consignó en la sentencia– que el tiempo de cumplimiento de la medida se tendría en cuenta para el tiempo de cumplimiento de la pena. Es cierto que, conforme al artículo 99 del Código penal, tal pronunciamiento resulta erróneo, pero no puede obviarse que esto es lo que se hizo creer al penado, que en tal creencia prestó su conformidad, que así se consignó en la sentencia y que, lógicamente, dicho pronunciamiento excluyó la interposición de cualquier recurso;

- la medida impuesta ha sido cumplida con plena satisfacción;

- el delito se cometió hace 10 años;

- la pena impuesta es de escasa cuantía (5 meses), por lo que la ejecución penitenciaria sólo tendría una finalidad inocuizadora por la falta de tiempo material de implementar cualquier tipo de tratamiento penitenciario;

- el penado, diagnosticado de un trastorno disocial de la personalidad y consumo perjudicial de múltiples drogas, inició, ya antes del plan judicial

de ejecución de la medida, un tratamiento de mantenimiento o sustitución supervisado en el CSM Bitarte, tratamiento que continúa en la actualidad con buenos resultados según hacen constar los profesionales y que se vería del todo frustrado con el ingreso en prisión.

Como se decía, todas estas circunstancias permiten vislumbrar una excepcionalidad vinculada a la presencia de elementos subjetivos, objetivos y conductuales que permite optar por remedios distintos a la ejecución penitenciaria de la pena, razón por la cual es procedente acordar la suspensión ejecutiva postulada por un plazo de 2 años, sometida a las siguientes condiciones:

No delinquir durante el referido plazo;

Realizar 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 80.3 y 84.3ª del Código penal). En el diseño del plan de ejecución deberá tenerse en cuenta el tratamiento que sigue el penado, tal y como se tuvo en cuenta a la hora de elaborar el plan de ejecución de la medida.

En razón de lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Indalecio contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia de 5 de abril de 2019 y en su lugar emitimos otro por el que acordamos la suspensión ejecutiva por DOS AÑOS de la pena de prisión de 5 meses impuesta a aquél en la sentencia de la que la presente ejecutoria dimana, inejecución que queda condicionada a que durante el referido plazo el penado no cometa delito alguno y realice 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad, siguiendo para elaborar el plan de ejecución las pautas que se fijan en la presente resolución.

33.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, SECCIÓN SEXTA, DE FECHA 31-10-2019

Se estima recurso acordando la suspensión de la ejecución de la pena una vez que cumplida la medida de libertad vigilada.

HECHOS

ÚNICO.- El Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao, dictó Auto, en fecha 10 de julio de 2019, cuya parte dispositiva declara extinguida la medida de seguridad impuesta a D. Argimiro, consistente en sometimiento a tratamiento médico externo en Centro de Salud Mental y acuerda asimismo que la pena de seis meses de prisión impuesta a aquél por un delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género, se cumpla en centro penitenciario.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por parte de la representación del Sr. Argimiro, interesando la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a su representado. La representación del Ministerio Fiscal en su informe de 3 de septiembre de 2019 interesa la confirmación del auto recurrido.

El posterior Auto de 10 de septiembre de 2019 desestima totalmente el recurso de reforma y admite a trámite el de apelación subsidiariamente interpuesto, solicitándose nuevamente por el Sr. Argimiro la suspensión de la ejecución de la pena, a lo que se opone el Ministerio Fiscal en su informe último de 7 de octubre de 2019.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Recurre la representación del Sr. Argimiro, esta vez en apelación, el contenido del Auto de 10 de julio de 2019, interesando que se le conceda la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses de prisión impuesta a su representado por la comisión de un delito de quebrantamiento de condena y alegando para ello que concurren en su patrocinado, una serie de circunstancias personales relevantes, por lo que interesa la suspensión de la ejecución de dicha pena por el plazo y condiciones que se acuerden. Así, manifiesta que la pena no es superior a dos años; que se encuentra

interno en un centro penitenciario donde está sometido a tratamiento y que cabría condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización en régimen de libertad.

A la vista de tales alegaciones, y de la documentación obrante en autos, el contenido del auto recurrido ha de ser revocado, y así, se ha revisado el fallo de la sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y, en virtud de los artículos 104.1, 101.1, 96.3, 3º y 106.º k), procedía la imposición al encausado de la medida de libertad vigilada durante un año y la obligación de seguir tratamiento médico externo por un período de un año, constanding documentación del Servicio Vasco de Gestión de Penas, informando de la evolución llevada a cabo por el penado, "acudiendo regularmente a las citas médicas que bimensualmente se le pautan", aunque matizando que la asistencia para controles analíticos viene siendo más irregular, acudiendo quincenalmente y no obstante reflejando algunos consumos de cannabis y anfetaminas.

Se informa asimismo por ese Servicio, que se encuentra el penado desde el pasado 10 de diciembre de 2018 en el Centro Penitenciario de Araba, para el cumplimiento de penas privativas de libertad relativas a las Ejecutorias 2522/17-K y 2728/17-S, y que desde su ingreso se adhirió al tratamiento con los respectivos programas de drogodependencias, programa de recaídas y con controles de orina semanales, informando que su evolución es favorable (folio nº 36) y con buen cumplimiento (folio nº 40).

Entendemos que pese a que se hace referencia en el Fundamento Jurídico Segundo del Auto de 10 de julio de 2019, del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao, a que constan siete procedimientos incoados y a que, en relación a sus antecedentes penales, resulta que fue aquél condenado por un delito contra la salud pública, cuya pena fue suspendida, y por dos delitos de quebrantamiento, cuyas penas está cumpliendo en prisión, procede la suspensión interesada por el Sr. Argimiro.

Dispone en primer lugar el artículo 99 del Código Penal que en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos

conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

Por otro lado, el invocado por la parte recurrente artículo 80 del Código Penal dispone que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, en tanto que el segundo párrafo recoge las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, y que serían las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez, y tal efecto dispone que no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito, continúa dicho precepto, se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

Finalmente, el párrafo tercero de este mismo artículo 80 establece que, excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de

dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

El párrafo 5 de ese artículo 80 del Código Penal, cuya aplicación expresamente solicita la parte recurrente, a la vista de la documentación obrante en autos) dispone que aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

Esta Sala, a la vista de lo actuado, del cumplimiento de la medida al haber transcurrido el plazo exigido, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, cantidad de pena impuesta, predisposición y resultado del tratamiento seguido en prisión al que más arriba hacemos referencia y al riesgo de que se pongan en peligro los efectos conseguidos con el cumplimiento de la medida, opta por suspender el cumplimiento de la pena impuesta, por un plazo de seis meses, condicionando dicha suspensión a que no delinca durante ese plazo, atendiendo además a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 80 del Código Penal y artículo 99 del Código Penal.

Las eventuales costas de esta alzada deberán ser declaradas de oficio, según lo legalmente establecido al respecto.

Por todo ello, en virtud de lo anteriormente expuesto, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Argimiro, contra el Auto de fecha 10 de julio de 2019, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao, y revocar dicha resolución, acordando la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses impuesta a su representado, por un plazo de seis meses, condicionando la suspensión a que el

penado no delinca durante dicho plazo y declarando de oficio las eventuales costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución al juzgado de

34.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 DE CEUTA, DE FECHA 02-04-2013

Se ordena el cumplimiento de la libertad vigilada en Centro Penitenciario antes los servicios médicos de la prisión.

Visto por mí, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Penal nº 2 de esta ciudad y su Partido Judicial, las actuaciones seguidas ante este órgano jurisdiccional como Procedimiento Abreviado nº XX/2013, en las que aparece como acusado, de nacionalidad española, en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 28 de enero de 2013; con la defensa del Letrado y representado por el Procurador; habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y personada acusación particular, con la defensa del Letrado y representada por el Procurador; en nombre de S.M. EL REY, he dictado la siguiente Sentencia en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones tienen su origen en las Diligencias Urgentes instruidas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta.

Practicadas las oportunas diligencias y formulados los escritos de acusación y defensa, se remitieron a este Juzgado de lo Penal por ser el competente para su enjuiciamiento y fallo, señalándose para la celebración del juicio oral.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de:

a) un delito de malos tratos simples en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 del Código penal, con la concurrencia de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código penal y la atenuante del artículo 21.1. en relación con el artículo 20.1 CE, solicitando se impusiera al acusado como autor, la pena de 10 meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años, prohibición de aproximarse a la víctima, lugar de trabajo, domicilio o zona que frecuente por tiempo de 2 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas;

b) un delito de robo con violencia e intimidación de los artículos 237 y 242.1 del Código penal, con la concurrencia de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código penal y la atenuante del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código penal, solicitando se impusiera al acusado como autor, la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; costas y las indemnizaciones fijadas en su escrito de acusación.

La Acusación Particular se adhiere al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- La defensa, en igual trámite, manifestó su total disconformidad con la acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular personada, solicitando la libre absolución.

CUARTO.- Al inicio del acto del juicio oral el Ministerio Fiscal calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de un delito de robo con violencia e intimidación de los artículos 237 y 242.1 del Código penal, con la concurrencia de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código penal y la atenuante del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código penal, solicitando se impusiera al acusado como autor, la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas; instando se imponga al acusado la medida de libertad vigilada del artículo 106.1.k del Código penal consistente en la sumisión a tratamiento externo por un periodo de dos años en centro médico o establecimiento socio-sanitario, para tratamiento médico adecuado a la anomalía o alteración psíquica que padece el acusado, así como su dependencia o adicción al alcohol o cualquier tipo de sustancia tóxica o estupefaciente, debiendo el citado centro informar a este Tribunal.

La acusación particular personada nuevamente se adhirió a la calificación formulada por el ministerio Fiscal.

Dado traslado de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular al acusado, asistido de Letrado –que no estima necesaria la continuación del procedimiento– y de forma libre y voluntaria y con pleno conocimiento de sus consecuencias, manifiesta su expresa conformidad con los hechos que en el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal se contienen, así como con la pena solicitada y las responsabilidades civiles que se reclaman; interesándose se dicte sin más sentencia en tales términos.

QUINTO.- Por este Juzgador se dictó sentencia oralmente que ahora se documenta, declarándose su firmeza ante las manifestaciones del Ministerio Fiscal y del Sr. Letrado de la defensa de no recurrir.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- El día 26 de enero de 2013 el acusado, mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, se dirigió al domicilio familiar Ceuta, donde convive con su madre, y, con ánimo de ilícito beneficio, exigió a ésta la entrega de dinero manifestándole las expresiones "dame dinero, si no lo tienes te voy a cortar el cuello, si no te queda dinero para ti comes pan en manteca, pero me das a mí lo que yo quiera o te quemó la casa y te mato", consiguiendo quitarle 50 euros de forma intimidatoria.

Como consecuencia del maltrato de obra ejercido por el acusado sobre su madre ésta sufrió una crisis de ansiedad que requirió sólo de una primera asistencia facultativa, precisando para su curación 1 día no impeditivo para el desempeño de sus actividades habituales.

El acusado padece de esquizofrenia y otros trastornos psicóticos y es consumidor de tóxicos, por lo que presenta una afectación de sus capacidades intelecto-volitivas con merma de la capacidad de adecuado control de impulsos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados constituyen un delito de robo con violencia e intimidación de los artículos 237 y 242.1 del Código penal, con la concurrencia de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código penal y la atenuante del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código penal.

SEGUNDO.- Dispone el artículo 787.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal que antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes. Estableciendo el apartado 2 del citado precepto que si a partir de La descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

En el presente caso, habiendo manifestado el acusado en el acto del juicio su conformidad con la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, siendo ratificada por su Letrado defensor quien no consideró necesaria la continuación del juicio; procede, según previene el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal anteriormente expuesto, al dictado de una sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes, sin que sea preciso exponer los razonamiento jurídicos en orden a la calificación, participación del acusado y demás circunstancias referentes o derivadas del delito.

Asimismo se dan todos y cada uno de los requisitos y presupuestos legales determinados en los artículos 80 y 81 del Código Penal, procediendo la concesión de la suspensión de la pena al condenado; quedando esta condicionada a que el reo no delinca en el plazo de dos años conforme dispone

el artículo 81.1.10 párrafo del Código Penal, así como a que cumpla las obligaciones o deberes determinado en el Fallo de esta resolución.

TERCERO.- El artículo 104 del Código Penal permite al Juez o Tribunal, además de la pena correspondiente, imponer la medida de internamiento cuando la pena impuesta sea privativa de libertad, todo ello en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código penal.

Para su aplicación se aplicará lo establecido en el artículo 99 del Código penal que dispone que en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad el Juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad previstas en el artículo 96.3 del Código penal.

El fundamento de la medida de seguridad es doble: terapéutico y asegurativo. Se trata de lograr el tratamiento de inimputables y semiimputables adecuado a sus anomalías (o a su adicción, etc.), y al mismo tiempo conjurar la peligrosidad criminal asociada a ellas. El contenido terapéutico y asegurativo concurre en diferente medida dependiendo riel tipo de causa de aplicación de la medida y también dependiendo de la medida concreta aplicada.

En el presente caso es preciso aplicar aquellas medidas que logren el control terapéutico y el control en las tomas de medicamentos del acusado, y en este caso, entiende este Juzgador que este control se puede lograr con la imposición ci acusado de la medida de libertad vigilada del artículo 106.1.k del Código penal consistente en la sumisión a tratamiento externo en centro médico o establecimiento de carácter socio-sanitario, y dado que para ella e Código penal establece el tope máximo de cinco años; se considera que, a la vista del carácter, crónico de la enfermedad que padece el acusado (es esquizofrénico y sufre otros trastornos psicóticos, amén de ser consumidor de tóxicos) es procedente fijar el periodo de dos años.

CUARTO.- Las costas procesales causadas han de sor impuestas a los criminalmente responsables de los hechos delictivos, por imperativo del artículo 123 del Código penal.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo condenar y condeno a como autor criminalmente responsable de un delito de robo con violencia e intimidación de los artículos 237, 242.1 y 2 del Código penal, con la concurrencia de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código penal y la eximente incompleta de enajenación mental por artículo 21.10 en relación con el artículo 20.1º del Código penal, a la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Todo ello con expresa condena en cuanto a las costas ocasionadas en este procedimiento.

Se impone al acusado la medida de libertad vigilada consistente en la sumisión a tratamiento externo por un periodo de dos años en centro médico o establecimiento socio-sanitario, para tratamiento médico adecuado a la anomalía o alteración psíquica que padece el acusado, así como su dependencia o adicción al alcohol o cualquier tipo de sustancia tóxica o estupefaciente, debiendo el citado centro informar a este Tribunal.

La ejecución de la pena de prisión quedará en suspenso por un plazo de dos años, condicionada en todo caso a que el condenado no delinca durante ese plazo, a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución. Todo ello con expreso apercibimiento al condenado que en caso de delinquir o incumplir algunas de las expresadas obligaciones o deberes durante el plazo de dos años se revocará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión ahora impuesta, ordenándose su inmediata ejecución.

Todo ello con expresa condena en cuanto a las costas ocasionadas en este procedimiento.

Providencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Ceuta, de fecha 04-11-2020

Dada cuenta, estese a lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 21 de octubre de 2020, debiendo continuar el penado con el

tratamiento que venía llevando en el INGESA, en el Centro Penitenciario donde se encuentre ingresado, en el modo que dispongan sus servicios médicos, debiendo dar cuenta trimestralmente conforme lo acordado en esta ejecutoria.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante interposición de recurso de reforma en el plazo de tres días ante este Órgano judicial.

Providencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Ceuta, de fecha 05-11-2020

En virtud de lo acordado en el procedimiento de referencia, adjunto se remite copia de Providencia de fecha 4/11 20 dictada por la UPAD del Juzgado de lo Penal nº dos de Ceuta, así como de sentencia condenatoria, a fin de que el penado prosiga el cumplimiento de la Medida de Seguridad de Libertad Vigilada que le fue impuesta en sentencia por el plazo de 2 años, consistente en el Sometimiento a Tratamiento Médico Ambulatorio, ante los Servicios Médicos adscritos a dicha prisión, según se disponga por los mismos, debiendo proceder a su control y seguimiento y darse cuenta trimestralmente a este Servicio de su evolución en los términos que fue acordado en sentencia.

ARTÍCULO 60 DEL CÓDIGO PENAL

35.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 07-04-2010

La competencia para la aplicación del artículo 60 del Código penal, debido a enajenación del penado después de sentencia firme, le corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 16 de diciembre pasado, se recibió en el Registro General de este Tribunal Supremo, exposición razonada acompañada de testimonio del Procedimiento 1283/09 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, planteando cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia, Ejecutoria nº XX/05, acordándose por providencia de 14 de enero, formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de 20 de enero pasado, dictaminó, con apoyo en el artículo 60.1 del Código Penal y la Circular 2/04 de 22.12 que indica: *"El artículo 60 reformado supone una nueva potenciación de las funciones del Juez de Vigilancia, en detrimento de las funciones del Juez o Tribunal sentenciador, atribuyéndole a aquél la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos y la imposición de las medidas pertinentes.*

El comentado precepto señala que la asunción de tal competencia por parte del Juez de Vigilancia se produce, cuando la enajenación tenga lugar después de pronunciada sentencia firme.

Consideramos que este es el supuesto de autos, por lo que corresponde el conocimiento del incidente planteado, en ejecución de sentencia, al Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid..."

TERCERO.- Por providencia de fecha 8 de marzo se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 6 de abril para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Consta en las actuaciones que Sixto fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valencia, en virtud de sentencia de 10.03.05, como autor de un delito de agresión sexual a la pena de seis meses de prisión.

La citada pena fue sustituida por la de seis meses de trabajos en beneficio de la comunidad, según auto de 10-10-06 dictado por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia.

Con fecha 11.04.07, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Collado Villalba constituye a Sixto en estado civil de incapacitación, incluso para el ejercicio del derecho de sufragio activo, rehabilitando la patria potestad de su madre D.ª Tatiana.

El Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia rechaza la competencia para resolver la situación de incapacidad sobrevenida del penado, en relación con el cumplimiento de la pena impuesta, dado que tal cuestión corresponde al Juzgado de Vigilancia, de conformidad con el artículo 5.3 del Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en su redacción originaria, dado que tal precepto ha sido modificado según Decreto 1849/2009, de 4 de diciembre.

Por su parte, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid sostiene que su competencia comienza cuando se inicia efectivamente la ejecución de la pena, lo que no sucede en el presente supuesto, según su criterio.

SEGUNDO.- La cuestión de competencia debe ser resuelta, como propugna el Ministerio Fiscal, a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 1 de Madrid, nos encontramos con sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia donde se impuso al penado seis meses de prisión, esta pena fue sustituida por la de seis meses de trabajos en beneficio de la comunidad por auto de 10.10.06 del citado Juzgado. Con fecha 11-04-07 el Juzgado de 1ª Instancia declara incapaz al penado rehabilitando la patria potestad de su madre, la cuestión de competencia debe ser resuelta conforme establece el art. 60.1 del Código Penal: "*Cuando después de pro-*

nunciada sentencia firme se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto en la disposición adicional primera de este Código Penal”.

Así la competencia corresponde al Juez de Vigilancia, pues tal competencia se produce cuando la enajenación tiene lugar después de pronunciada la sentencia firme.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Dirimir la cuestión de competencia negativa otorgando la misma al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid (Procedimiento 1283/09) al que se le comunicará esta resolución, así como al Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia y al Ministerio Fiscal.

36.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA DEL 01-06-2011

Se estima recurso interpuesto frente a la aplicación del artículo 60 del Código penal por considerar la medida impuesta más gravosa que la propia pena.

HECHOS

ÚNICO: En el expediente sobre el artículo 60 del Código Penal núm. 61/10, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (otras comunicaciones) del que dimana este rollo núm. 130/11, se ha dictado auto el 22 de julio de 2010 acordando suspender la ejecución de la pena impuesta a Eulalio, y su sustitución por la medida de internamiento en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario por el tiempo máximo de dos años y un día. Contra la anterior resolución se interpuso por el mencionado penado recurso de reforma, que fue desestimado por auto de 27 de octubre 2010. Contra la anterior resolución se interpuso por la letrada, recurso de apelación, que fue admitido, dando traslado al Ministerio Fiscal, a fin de que hicieran las alegaciones que estimara conveniente a su derecho, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial, quedando las mismas para dictar la resolución procedente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La parte apelante basa su recurso en que no se ha tenido en cuenta los fundamentales informes realizados por el médico forense, por la médico psiquiatra del SCS, y por el propio equipo psicológico del Centro Penitenciario, que coinciden que lo más conveniente es que el interno siga tratamiento en la Residencia de San Juan de Dios.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin que mediara petición de nadie acuerda la suspensión de la pena por la vía del artículo 60 del Código penal, y el internamiento en un Centro psiquiátrico penitenciario, lo que implica que el interno sea trasladado fuera de Canarias, con el consiguiente desarraigo, y alejamiento de sus familiares.

SEGUNDO: El Código Penal en su artículo 60 establece que: 1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

TERCERO: En el presente caso nos encontramos ante un supuesto, en el que el penado nunca se va a restablecer completamente de su enfermedad mental. La medida impuesta es más gravosa que la propia pena, pues permanecerá privado de libertad el mismo tiempo, pero alejado de su entorno familiar, lo que teniendo en cuenta su enfermedad es absolutamente contraproducente. La propia Junta de tratamiento en su comunicación de 17 de febrero de 2011 propone que se sustituya la medida impuesta por la de internamiento en el Centro de San Juan de Dios, coincidiendo con el informe del médico forense, y en el mismo sentido se pronunció el Ministerio Fiscal en su informe de 24 de mayo de 2010, ratificado por el de 16 de junio de 2010. Por otro lado el artículo 60 del Código penal prevé la posibilidad de que la medida pueda ser privativa de libertad, pero no impone la misma, sino solamente que el penado reciba la asistencia médica precisa, por ello nada impide que el internamiento pueda ser donde han aconsejado los expertos, porque se trata de que el estado mental del penado mejore.

En atención a lo expuesto,

LA SALA DECIDE:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la letrada, en representación del penado D. Eulalio contra el auto de fecha 27 de octubre de 2010, dictado en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de esta Capital, que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 22 de julio de 2010, que revocamos en el solo sentido de que la medida de internamiento no se haga efectiva en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, sino en el Centro San Juan de Dios de esta Ciudad.

37.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, DE FECHA 08-03-2017

No procede la aplicación del artículo 60 del Código penal. No obstante, puede ser aconsejable el seguimiento periódico por parte de una unidad de salud mental.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Andalucía, con sede en Sevilla, el 8 de noviembre de 2016 acordó no haber lugar a la aplicación a Indalecio del artículo 60 del Código penal en relación con la ejecutoria XX/15 de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial.

Contra dicho auto se interpuso recurso de reforma que fue admitido a trámite, impugnado por el Ministerio Fiscal y resuelto en sentido desestimatorio por resolución de fecha 22 de diciembre de 2016 contra el que se formuló recurso de apelación que fue admitido a trámite, dándosele curso legal.

SEGUNDO.- Turnado el recurso a este Tribunal, se remitió seguidamente testimonio de las actuaciones, formándose rollo y designándose ponente a la magistrada Sra. C.B.

Tras la oportuna deliberación, la Sala acordó resolver como a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que ahora se resuelve ha de limitarse a la decisión adoptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de no estimar aplicable a Indalecio el artículo 60 del Código penal en relación con la ejecutoria 35/2015 de esta sección cuarta. No pueden ser objeto de esta resolución otras consideraciones que el recurso contiene relativas a sí la sentencia dictada por esta sección cuarta el 29 de abril de 2015 debió o no haber apreciado una eximente completa o las razones que llevaron al recurrente a prestar su conformidad con la calificación y penas solicitadas por las acusaciones así como tampoco otras peticiones (establecimiento de una medida de seguridad no privativa de libertad de custodia familiar o lo que denomina "otras medidas alternativas para el ingreso en prisión") que exceden del objeto de la resolución impugnada.

Centrado el objeto de recurso, las alegaciones efectuadas por la parte recurrente no alcanzan a desvirtuar aquellas en que la magistrada de instancia funda su decisión, que el Ministerio Fiscal apoya.

Exige el artículo 60 del Código penal, como presupuesto necesario para su aplicación, que después de pronunciada sentencia firme se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. Se trata lógicamente de una cuestión que habrá de ser resuelta a la vista de los informes médicos que a tal fin obren en la causa.

Pues bien, el informe emitido por el médico forense en fecha 5 de octubre de 2016, tras la exploración realizada a Indalecio y el examen de los informes médicos obrantes en el expediente, concluye que el expresado, no obstante los trastornos de personalidad y de ideas delirantes persistentes de los que está siendo tratado, "no presenta sintomatología psicótica que le impida conocer el sentido de la pena", añadiendo que el ahora recurrente posee adecuada conciencia de su enfermedad, aunque dada la cronicidad de sus padecimientos es aconsejable un seguimiento periódico por parte de una unidad de salud mental, como puede ser el psiquiátrico penitenciario.

En estas circunstancias y no resultando del informe médico forense la concurrencia del obligado presupuesto al que el precepto vincula la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena a su amparo, la decisión

adoptada por el magistrado de instancia se estima correcta y ajustada y ha de ser mantenida.

No procede, finalmente, la aplicación del número 2 del artículo 60 del Código penal, que no puede entenderse desconectado del número 1 del precepto y que contempla precisamente la forma de actuar una vez se restablezca la salud mental del penado.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Conforme a los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia.

Visto lo anterior acordamos

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación objeto de este rollo.

Confirmamos los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de esta ciudad los días 8 de noviembre de 2016 y 22 de diciembre de 2016, dictados en el expediente penitenciario; resoluciones que confirmamos Declaramos de oficio las costas de esta instancia.

38.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMAS DE GRAN CANARIA DE FECHA 11-04-2018

No procede la aplicación del artículo 60 del Código penal. No se puede justificar la misma únicamente en la presencia de una enfermedad.

HECHOS

Primero: En procedimiento más arriba referenciado se dictó con fecha 2 de febrero de 2018 auto por el que se declaraba no haber lugar a la suspensión de la pena por trastorno mental sobrevenido. Contra la mencionada

resolución se interpuso por el abogado, en nombre de Plácido recurso de reforma.

Segundo: Con fecha 8 de marzo de 2018 se dictó auto desestimando la reforma y contra esta resolución se formuló apelación y admitido el recurso de apelación formulado y habiendo dado traslado a las demás partes por cinco días, se remitieron las actuaciones a esta Sala para la resolución del recurso interpuesto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Se interesa la suspensión de la pena privativa de libertad y la adopción de una medida de seguridad adecuada al penado. Y ello se interesa en base al art. 60 del Código Penal, en cuyo párrafo primero establece que "Artículo 60.1: Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución". El interno sufre una esquizofrenia paranoide de larga data. Así lo dictamina el médico forense, el cual añade de forma clara y nítida que "el penado actualmente no presenta alteraciones físicas ni síquicas que le impidan comprender el sentido de la pena impuesta". A pesar de tal rotundidad, se recurre el auto dictado alegando "una persona que manifiesta que oía voces, pero que con el tiempo ya no las escucha y si oye algo es la radio o la televisión... no se puede suponer que entiende el sentido de la pena impuesta". Con todo respeto, no se supone nada, sino que es el médico, el especialista, el perito, el que no supone, sino que dictamina la enfermedad que padece y afirma que nada le impide conocer el sentido de la pena. Así las cosas, no tenemos duda alguna de que el auto dictado ha sido ajustado a derecho y que la suspensión en este caso no procede. Otro argumento que se utiliza es el número de pastillas que ingiere de distinta medicación: "tomando hasta ocho medicaciones diferentes para tener controladas sus diversas enfermedades, lo que deja entrever que su estado de salud no es el óptimo...". Con el mismo respeto para la defensa, debemos dejar constancia de que el número de pastillas que ingiera es absolutamente irrelevante para concluir que conozca o no el sentido de la pena, que es lo único que nos interesa, más allá de que su estado no sea el óptimo para el cumplimiento de la pena. Son muchas personas las que toman diariamente,

no ocho, sino muchas más pastillas y no por eso son enfermos mentales o desconocen el sentido de la pena. El recurso no puede prosperar.

Segundo: En definitiva, por todo ello debe desestimarse el recurso interpuesto, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española.

LA SALA RESUELVE:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el abogado, en nombre de Plácido, contra el auto de fecha 5 de marzo de 2018, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria UNO de Las Palmas, el cual confirmamos en su integridad, declarando de oficio las costas de esta alzada.

39.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA, SECCIÓN PRIMERA, DE FECHA 31-10-2018

Suspensión de la pena antes del inicio de la ejecución. Aplicación analógica del artículo 60 del Código penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Bernardo se interpuso recurso contra el auto de fecha 21 de febrero de 2019 dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia. Admitida la apelación se impugnó por el Ministerio Fiscal elevándose a esta Audiencia los autos, teniendo entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 19 de septiembre de 2019 siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal. La fecha para la celebración de la DELIBERACIÓN VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 10 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate

1.- La representación procesal de D. Bernardo interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia, de 21 de febrero de 2019, que rechaza la inexecución de la pena de 6 meses de prisión que le fue impuesta "visto que la medida de seguridad en que se basa ya ha sido cumplida" Alegando que su representado padece una enfermedad mental por la que se encuentra ingresado en el Hospital de San Juan de Dios de Arrasate-Mondragón, solicita la suspensión de la ejecución penitenciaria de la pena y que se ordene su cumplimiento en un centro asistencial adecuado a la enfermedad que padece.

2.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Inejecución condicionada de la pena de prisión

1.- Un examen de la ejecutoria pone de manifiesto los siguientes datos relevantes relativos al ahora apelante:

1.1.- en virtud de sentencia de conformidad de 14 de septiembre de 2017 fue condenado como autor de un delito de quebrantamiento de condena a la pena de seis meses de prisión;

1.2.- solicitada la suspensión ejecutiva de dicha pena de prisión, la misma fue denegada por el Juzgado, denegación confirmada por la Audiencia Provincial mediante resolución de 22 de junio de 2018;

1.3.- con posterioridad, al tiempo de dar inicio a la ejecución penitenciaria de la pena de prisión, se tuvo conocimiento de que el penado, por razón de enfermedad mental, se encontraba internado en el Hospital San Juan de Dios de Arrasate- Mondragón desde el 7 de agosto de 2018 donde llegó procedente del Sanatorio de Usúrbil, centro éste en el que había estado ingresado desde el mes de enero de 2018. Igualmente se tuvo constancia de que, dicho ingreso médicamente acordado fue aprovechado para ejecutar una medida de seguridad privativa de libertad de un año impuesta en una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia en fecha 8 de febrero de 2018;

1.4.- cumplida dicha medida de seguridad, el penado continúa ingresado en el Hospital San Juan de Dios de Arrasate-Mondragón;

1.5.- según la última información remitida desde dicho Hospital (de fecha 10 de octubre de 2019), nos encontramos ante una persona cuyo "(...) TAC craneal informa de hipoplasia de vermis cerebeloso y dilatación de IV ventrículo en relación con síndrome de Joubert (...). De la evaluación psicopatológica destacamos que se aprecia una limitación en la capacidad intelectual, que se ha confirmado psicométricamente con la realización del test de WAIS. Presenta además una alteración del contenido del pensamiento con ideas delirantes de grandiosidad, persecutorias y de perjuicio. También alucinaciones auditivas comentadoras de actividad y en ocasiones de comando. Adhiere bien al tratamiento. La clínica psicótica empeora con el consumo de tóxicos. (...) En suma, se trata de un paciente con un retraso mental leve, con una psicosis injertada y con una politoxicomanía actualmente en proceso de deshabitación, con una muy limitada red de soporte socioeconómico familiar, que requiere un entorno estructurado y contenedor, de un tratamiento psicofarmacológico supervisado que permita que se retrase el progresivo deterioro cognitivo y pérdida de la funcionalidad que caracteriza la evolución natural del trastorno que presenta el paciente. Basado en ello y en la buena actitud y adherencia que el paciente presenta frente al tratamiento, los psiquiatras consideran recomendable la continuidad de su tratamiento psiquiátrico en un entorno estructurado y supervisado tal y como viene sucediendo a día de hoy (...)"

2.- Cuando se dictó la sentencia de conformidad que ahora se ejecuta (14 de septiembre de 2017) la enfermedad mental del penado no había sido diagnosticada. Es a raíz de su ingreso, primero en el sanatorio de Usúrbil (enero de 2018) y después –sin solución de continuidad– en el Hospital San Juan de Dios de Arrasate (donde continúa en la actualidad), cuando se tiene constancia de dicho padecimiento. En los informes emitidos por los psiquiatras del referido Hospital se describe claramente la etiología de la enfermedad mental y sus consecuencias. Así las cosas, puesto que la sentencia y la orden de ejecución penitenciaria de la pena de prisión son firmes, la única solución que se nos ofrece para dar una adecuada respuesta a la situación planteada es la recogida en el artículo 60 del Código penal, que permite al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en casos como el presente, suspender la ejecución de la pena, garantizando que el penado reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de

una medida de seguridad privativa de libertad que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Sucede, sin embargo, que no se ha dado inicio a la ejecución y que el penado se encuentra ya recibiendo la asistencia médica precisa para tratar la enfermedad mental que padece. Seguir estrictamente el íter indicado en aquel precepto obligaría a iniciar la ejecución de la pena, acordando el ingreso en prisión del penado con interrupción del tratamiento que está recibiendo para, a continuación, una vez que ha sido constatado el trastorno mental duradero que el mismo padece en los términos expuestos en los informes médicos, que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria llevara a cabo la suspensión de la ejecución y la imposición de la medida de seguridad oportuna. Pero no se nos escapa el efecto absolutamente deletéreo para la salud del penado que tales trámites llevarían consigo. En este contexto, cuando la concurrencia del supuesto de hecho que permite la aplicación del artículo 60 CP resulta prístina, entendemos que nada impide su aplicación analógica por este tribunal, aplicación analógica no proscrita por cuanto resulta más favorable por el reo.

Por lo tanto, procede suspender la ejecución de la pena de prisión de seis meses impuesta al penado en la sentencia de la que la presente ejecutoria dimana, imponiéndose la medida de seguridad consistente en internamiento por tiempo máximo de seis meses en el Centro Psiquiátrico de San Juan de Dios de Arrasate-Mondragón o cualquier otro de la red pública que, en su caso, los especialistas consideren adecuado para el tratamiento de la enfermedad que padece, tras lo cual, se dará la ejecutoria el curso legal que corresponda.

En razón a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Bernardo contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia, de 21 de febrero de 2019, el cual se revoca para acordar en su lugar, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de seis meses, imponiéndose a medida de seguridad consistente en internamiento por tiempo máximo de seis meses en el Centro Psiquiátrico de San Juan de Dios de Arrasate-Mondragón o cualquier otro de la red pública que, en su caso, los especialistas consideren adecuado para el tratamiento de la enfermedad que padece, tras lo cual, se dará la ejecutoria el curso legal que corresponda.

40.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE FECHA 12-12-2019

La aplicación del artículo 60 del Código penal es competencia exclusiva del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2019, en el Juzgado de lo Penal número 2 de Mataró, recayó auto cuya parte dispositiva reza del siguiente tenor: "SE DENIEGA LA CONCESIÓN DE LA SUSPENSIÓN de la ejecución de la pena de prisión impuesta al penado Luis Antonio así como su cumplimiento en centro psiquiátrico sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, dando cumplimiento a lo dispuesto en providencia de fecha 5 de abril de 2019 por la que se ordenaba requerir al penado para formalizar su ingreso voluntario en centro penitenciario.

...".

SEGUNDO.- Notificada a las partes la anterior resolución, por la representación procesal del penado, en fecha 2 de septiembre de 2019, se interpuso recurso de reforma, en cuyo escrito, tras expresar los argumentos que, en derecho, consideró de aplicación, terminaba interesando la revocación de aquella decisión, en los términos que dejó explicitados.

Desestimado por auto de 23 de septiembre de 2019, se interpuso contra el mismo recurso de apelación, tras cuya admisión a trámite y evacuados los traslados conferidos, tal y como es de ver a los autos, se elevó a la Audiencia Provincial de Barcelona el correspondiente testimonio de particulares para la ulterior sustanciación y resolución del recurso.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente quien expresa el parecer unánime de la Sala, previa deliberación y votación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza el apelante, en suma, contra la resolución denegatoria de la concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena, al amparo de lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal invocado por

el mismo, alegando trastorno mental sobrevenido, insistiendo en la competencia del Juzgador para adoptar dicha decisión, pretensión que no puede prosperar.

El artículo 60 del Código Penal, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 y con la finalidad de garantizar la asistencia médica precisa, prevé la posibilidad, en suma, de imponer una medida de seguridad privativa de libertad al penado, en el que, después de la sentencia condenatoria, se aprecie una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, siendo ello, a partir de la reforma mencionada, competencia exclusiva del Juez de Vigilancia Penitenciaria, atendiendo al tenor literal del precepto citado; modificación que, aun siendo controvertida, en su momento, se consideró oportuna a fin de evitar el problema de determinar el Juez o Tribunal sentenciador competente para fallar el incidente en los supuestos en que el sujeto hubiera sido condenado a varias penas por diferentes órganos jurisdiccionales.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso en su integridad, sin perjuicio de la reproducción de la petición ante el Órgano competente.

SEGUNDO.- En punto a las costas procesales causadas en el presente recurso, procede declararlas de oficio. VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación la Sala acuerda,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Luis Antonio contra el auto de fecha 23 de septiembre de 2019 por el que se desestima el recurso de reforma contra el auto de 27 de junio de 2019, en el que se deniega la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta a aquel, así como su cumplimiento en centro psiquiátrico sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, dictado por el Juzgado Penal nº 2 de Mataró, en los autos arriba referenciados, CONFIRMAMOS, íntegramente, dicha resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en esta Alzada.

41.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, DE FECHA 04-03-2020

La aplicación del artículo 60 del Código penal es competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que dispone una nueva potenciación de sus funciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 5 DE Cádiz, el día 1/8/19, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: "DENEGAR LA SUSTITUCIÓN de la pena de prisión impuesta a Artemio la medida de internamiento en un centro psiquiátrico.

Se acuerda la búsqueda, detención e ingreso en prisión de Artemio para el cumplimiento de la pena de 225 días de privación de libertad impuesta como responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. Librese al efecto la correspondiente requisitoria hasta el 22 de noviembre de 2021, con testimonio de esta resolución, de la Sentencia, del auto de 10 de octubre de 2018 y del auto de 22 de noviembre de 2018".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación la representación de Artemio, habiéndose dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz auto de fecha 13/9/19, cuya parte dispositiva acuerda: "DESESTIMAR EL RECURSO DE REFORMA PRESENTADO POR EL PROCURADOR don Eduardo Funes Fernández en nombre y representación de Artemio contra el auto de 1 de agosto de 2019 que se confirma en su integridad. "

TERCERO.- Seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día para la votación y decisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto de instancia de 13 de septiembre de 2019 por el cual se desestima el recurso de reforma contra la resolución anterior de 1 de agosto de 2019 por la cual se deniega la sustitución al penado de la pena de privativa de libertad por internamiento para cumplimiento de

medida de seguridad en centro psiquiátrico, se alza el recurso de apelación que interpone su representación procesal insistiendo en que el penado padece un trastorno esquizofrénico que le ocasiona discapacidad, y aun cuando la sentencia no aplica circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, está acreditada la enfermedad que padece por la prueba documental aportada, insistiendo en que se trata de una enfermedad incurable y que resulta una medida beneficiosa a nivel reeducativo para el penado el cumplimiento de la pena impuesta en un centro psiquiátrico. Se insiste en que ya ha cumplido otras penas en el módulo de psiquiatría de la cárcel de Sevilla I con resultado favorable y por eso concurren los requisitos para que se acuerde la ejecución de la pena mediante la aplicación de una medida de internamiento en dicho centro psiquiátrico.

El recurso, al que se opuso el Ministerio Fiscal, no puede prosperar, del informe médico forense emitido, si bien se acredita la enfermedad que padece el penado, esquizofrenia paranoide, se especifica que está bastante compensada y a la fecha del informe no se encuentra sometido a tratamiento, no recibe asistencia especializada encontrándose compensada su sintomatología. Por tal razón resulta adecuada la resolución dictada que en esta alzada debemos confirmar.

SEGUNDO.- Además estimamos que tampoco podríamos aplicar, por falta de competencia, la suspensión por enajenación tras la sentencia: hipótesis prevista en el artículo 60 del código Penal el cual a partir de la Ley Orgánica 15/2003 queda redactado en los siguientes términos:

"Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad im-

puesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código".

Este artículo dispone una nueva potenciación de las funciones del Juez de Vigilancia, en detrimento de las funciones del Juez o Tribunal sentenciador, atribuyéndole a aquél la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos y la imposición de las medidas pertinentes.

Se atribuye al Juez de Vigilancia la posibilidad de decretar medidas de seguridad, diferenciando según que la pena impuesta sea privativa de libertad, en cuyo caso "podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad", o sea de distinta naturaleza, pudiendo entonces imponer "las medidas de seguridad que estime necesarias".

Se da con ello una solución que otorga cobertura legal al art. 184 c) del Reglamento Penitenciario que ya permitía el ingreso de los penados a los que por enfermedad mental sobrevenida se les impusiera una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador que deba ser cumplida en un establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación general.

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Artemio contra el auto de 13 de septiembre de 2019, por el cual se desestima el recurso de reforma contra el anterior de 1 de agosto de 2019, en el que se deniega la sustitución del cumplimiento de la pena de prisión por una medida de seguridad en Centro Psiquiátrico Penitenciario y todo ello sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta apelación.

42.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1ª, DE FECHA 22-07-2020

Se suspende el cumplimiento de la pena en virtud del artículo 60 del Código penal, aconsejando la no adopción de una medida privativa de libertad.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El pasado 14.2.2020, en el expediente reseñado relativo al interno D. Luis María, se dictó auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria denegando la suspensión de la pena de prisión en virtud de lo dispuesto en el art. 60 del Código Penal.

2.- Por el Procurador D. Carlos, en nombre y representación del interno se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

3.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El recurrente Sr. Luis María solicita la suspensión del cumplimiento de la pena porque sufre un Trastorno Afectivo Bipolar crónico que le impide conocer el alcance de la pena, al amparo del artículo 60 del Código Penal, que contempla que si, después de pronunciada sentencia firme, se aprecia en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa.

El auto recurrido concluye que el interno «no desconoce el contenido de la pena, motivo para aplicar el art. 60 del Código Penal y por otra parte su estado físico-mental se encuentra cubierto por las prestaciones del Centro Penitenciario».

2.- Para decidir el caso hay que determinar, en primer lugar, si el condenado sufre una situación duradera de trastorno mental grave. Para ello

acudiremos al informe del Instituto Médico Forense encargado al efecto. « Luis María, afirmar el facultativo, está diagnosticado de un Trastorno Bipolar que es una enfermedad mental que causa cambios extremos en el estado de ánimo que comprenden altos emocionales (manía o hipomanía) y bajos emocionales (depresión). Los episodios con síntomas alternan con episodios prácticamente asintomáticos (remisiones). Los episodios duran desde unas pocas semanas hasta periodos entre 3 y 6 meses». En su caso «la depresión ha sido la manifestación clínica del trastorno bipolar. Las personas que la padecen sienten una profunda tristeza y pierden interés en sus actividades. Piensan y se mueven lentamente y duermen más de lo habitual. Su apetito puede estar aumentado o disminuido, y pueden ganar o perder peso. Se sienten abrumadas por sentimientos de desesperanza o culpabilidad y pueden ser incapaces de concentrarse o tomar decisiones. Los síntomas psicóticos (alucinaciones y delirios), cuando aparecen, suelen ser más frecuentes en la depresión que se produce en el trastorno bipolar que en la depresión que se produce sola». El Médico forense es concluyente: padece una enfermedad mental grave por trastorno anímico bipolar que es crónico o duradero. El diagnóstico original es del año 2004, en 2010 la Administración le reconoció una discapacidad psíquica del 65% y el juez determinó la modificación de su capacidad y le impuso una tutela. Es decir, se cumple el primer requisito que contempla la ley.

3.- El segundo requisito es que comprenda el sentido de la pena. El Médico forense también es concluyente en este punto: solo «en las fases de remisión de la enfermedad el Sr. Luis María mantiene su capacidad para comprender el sentido de la pena». Como el trastorno «cursa en forma de episodios de depresión o manía con fases de remisión en las que no existe deterioro cognitivo», en largos momentos de su vida, pues constan tres episodios de hospitalización en los dos años anteriores, el condenado no es capaz de entender el sentido de la pena. Luego la suspensión está indicada. El auto recurrido se apoya en dos informes de los servicios médicos de la prisión donde se encuentra que describen su situación en momentos de remisión.

4.- Por lo demás, cabe anotar que los hechos de la condena sucedieron en el año 2000, que fue condenado por un tribunal de Portugal como autor de un delito de estafa a una pena de 5 años y 6 meses de prisión, que alcanzó la cuarta parte el 26.10.2019, ganará la mitad el 10.03.2021 y el licenciamiento está previsto para el 8.12.2023. El pronóstico de reincidencia

según el informe técnico es medio bajo. Y la Fiscalía informó favorablemente a la suspensión de la pena una vez evacuados los informes médico forenses y acreditada su discapacidad e incapacitación.

Procederá el cumplimiento de la pena si el condenado, según señala el artículo 60 CP recobrase la salud mental, siempre que no resultare impropio o contraproducente.

5.- Después de la reforma de 2003 (Ley orgánica 15/2003) el precepto posibilita la adopción de una medida de seguridad privativa de libertad para garantizar la sumisión del penado al tratamiento médico adecuado. En este caso el pronóstico de peligrosidad criminal es medio bajo, según los informes técnicos de la Administración. Además, en el tiempo transcurrido desde los hechos de condena, veinte años, el Sr. Luis María no ha vuelto a delinquir. Y la asistencia médica que precisa está garantizada en medio extrapenitenciario, pues cuenta con apoyo familiar, está incapacitado judicialmente y sometido a una medida de tutela para todo lo que tiene que ver con su tratamiento psiquiátrico. Todo ello aconseja no adoptar una medida de seguridad privativa de libertad, alternativa que debió valorar el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria cuando preguntó la disponibilidad de plazas.

Por lo expuesto,

III.- PARTE DISPOSITIVA

Se ESTIMA el recurso de la representación de D. Luis María contra el auto de 14.2.2020 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que se deja sin efecto, y se SUSPENDE el cumplimiento de la pena que viene sufriendo por padecer una situación duradera de trastorno mental grave por Trastorno Afectivo Bipolar. En caso de recuperar la salud mental procederá su cumplimiento.

Devuélvase al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria el Expediente original, acompañado de testimonio de esta resolución y notifíquese a las partes y, una vez verificado, procédase al archivo de las actuaciones.

INTERNAMIENTO EN CENTRO PENITENCIARIO ORDINARIO

43.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCIÓN PRIMERA DE FECHA 06-07-2017

Se indica que el interno puede cumplir la medida de seguridad de internamiento en el área de enfermería del Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 5 se acordó por auto de 10 de febrero de 2017 que el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento impuesta a Armando en centro cerrado se inicie en el módulo de psiquiatría del centro penitenciario de Zuera.

SEGUNDO.- Contra la meritada resolución por la representación del citado se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, que fue admitido a trámite, dando traslado del mismo al Ministerio Fiscal, que solicitó la confirmación de la resolución impugnada. Por auto de 23 de mayo de 2016 se desestimó el recurso de reforma y se tuvo por interpuesto el recurso de apelación, con nuevo traslado a las partes para alegaciones.

TERCERO.- Recibidas en esta Sala las actuaciones, se formó el oportuno Rollo de Apelación, se designó Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D.^a E.P. y se cumplieron los trámites pertinentes y, quedaron las actuaciones vistas para la resolución del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso no puede prosperar ya que la medida de seguridad de internamiento impuesta puede cumplirse en el centro penitenciario de Zuera, con la aclaración de que el interno debe permanecer "en el área de enfermería" del centro mientras subsista la medida y no se deje sin efecto por innecesaria. En efecto, se informa por el centro que se cuenta con medios suficientes para el tratamiento médico y terapéutico del interno, ya que en el momento actual se encuentra estable, abstinentes, en medio protegido, haciendo vida normal en el módulo residencial del centro y con revisiones periódicas del psiquiatra consultor. Se indica también por Instituciones Penitenciarias, área de ordenación sanitaria, que en el caso de situaciones

agudas o urgentes se acudiría a la red sanitaria pública. Por otra parte, consta en las actuaciones que el interno no puede ser internado en su centro de referencia, Hospital Reina Sofía de Tudela, ya que dicho centro, según informa al Juzgado, "no cuenta con medidas de seguridad suficientes para hacer frente a un internamiento psiquiátrico cerrado por tiempo de dos años".

Por consiguiente, se estima que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada, con la aclaración de que el interno debe cumplir las medidas de seguridad de internamiento en el área de enfermería del centro penitenciario.

SEGUNDO.- Las costas de esta instancia se declaran de oficio.

Vistos los artículos de aplicación al caso.

LA SALA ACUERDA

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador, en nombre y representación de Armando, contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 5 de Zaragoza de fecha 23 de mayo de 2017 que desestima el recurso de reforma contra el auto de 10 de febrero de 2017, resoluciones que se confirman íntegramente, debiéndose hacer la aclaración de que el interno debe cumplir las medidas de seguridad de internamiento en el área de enfermería del establecimiento penitenciario, declarando de oficio las costas de esta instancia.

44.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN SÉPTIMA DE FECHA 14-10-2016

No se accede al traslado solicitado por el interno sometido a medida de internamiento por ser competencia de Instituciones Penitenciarias, siempre que se le mantenga incluido en PAIEM.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Penal número 3 de Sevilla se siguen actuaciones en las que se acordó en fecha 18 de abril de 2016 el mantenimiento de la medida de seguridad impuesta a Don Carlos Francisco.

SEGUNDO.- Por la representación del mismo se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación.

Seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia, habiendo interesado el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el auto de 18 de abril de 2016 que acuerda el mantenimiento de la medida de seguridad impuesta en sentencia y que se encuentra cumpliendo Don Carlos Francisco y posterior auto desestimatorio del recurso de reforma de fecha 1 de septiembre de 2016.

Se alega en el recurso que la pena impuesta está prescrita, por lo que debe acordarse el archivo de las actuaciones, y solicita su traslado al centro de Sevilla I.

El Ministerio Fiscal impugna el citado recurso, interesando la desestimación del mismo.

SEGUNDO.- El artículo 98 del Código Penal establece que en caso de ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, lo que efectuará valorando los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene, tras lo cual el Juez o Tribunal Sentenciador adoptará alguna de las decisiones previstas en el artículo 97 del mismo texto legal.

Se trata en definitiva de someter a la consideración del Juez o Tribunal que acordó la medida de seguridad la conveniencia terapéutica de modificación de la misma, dado que no se trata de tener en cuenta exclusivamente criterios médicos o terapéuticos, sino también criterios de seguridad y peligrosidad que no sólo afectan al sujeto (interés terapéutico) sino a otras personas concretas (víctimas) o a la sociedad.

TERCERO.- En este caso se argumenta por el juez de instancia que el equipo multidisciplinar ha informado favorablemente al mantenimiento de

la medida, teniendo en cuenta su evolución, y que el interno ha manifestado su voluntad de continuar el tratamiento psiquiátrico.

El recurso se sustenta, de un lado, en la alegación de una posible prescripción de la pena, que según se hace constar en el propio escrito ya fue planteado en su día mediante escrito presentado en abril, constando que tal cuestión fue ya resuelta en auto de 5 de junio de 2015, a lo que debe añadirse que según la documentación obrante en autos el recurrente ingresó en prisión en marzo de 2004, cumpliendo de forma sucesiva diversas condenas hasta un total de 11 años, 29 meses y 306 días, una vez practicada refundición de las penas por auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 13 de enero de 2012. El hecho de que la medida de seguridad se iniciara en 2015 se debe a que enlazaba con penas anteriores. Como señala el Tribunal Supremo (sentencia de 29-3-2001), una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas, cuestión ésta que afecta propia y decisivamente a lo que es el modo y la forma de cumplimiento efectivo de la pena y no a lo que es el plazo de prescripción de la misma.

Por otro lado, se interesa en el recurso la modificación del lugar de cumplimiento, en particular solicitando el traslado al Centro penitenciario Sevilla I, en consonancia con el escrito presentado en su día por el propio interno en el que alegaba que en el Centro Penitenciario de Morón no cuentan con profesionales para su tratamiento.

Consta en la documentación remitida que han sido varios los traslados penitenciarios, tratándose, como se señala en el auto recurrido, de una cuestión de organización penitenciaria, que fue igualmente planteado y resuelto con anterioridad, al señalar en el auto de 1 de septiembre de 2016 que ya mediante providencia de 18 de enero de 2016 se acordó, respecto del centro de cumplimiento, que se estuviera al centro designado por Instituciones Penitenciarias, que a la hora de acordar los traslados deberá tener en cuenta el mantenimiento del interno en el programa de atención a enfermos mentales.

Por lo demás, reseñando el informe aportado la conveniencia del mantenimiento de la medida, al que no se opone el interno, y no constando que se hayan producido modificaciones en las circunstancias personales del penado que no fueran ya consideradas en la sentencia a ejecutar, procede

la confirmación de la resolución recurrida y desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO.- De conformidad con los artículos 239, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas causadas en esta alzada.

Por todo ello, la Sala acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador en representación de Don Carlos Francisco, contra el auto de 29 de agosto de 2016 y posterior auto desestimatorio del recurso de reforma de fecha 14 de septiembre dictados por el Juzgado de lo Penal número 3 de Sevilla, que confirmamos íntegramente, declarando de oficio las costas de esta instancia.

45.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁVILA, SECCIÓN PRIMERA DE FECHA 03-02-2020

Se desestima recurso. Es posible el cumplimiento de medida de internamiento en régimen cerrado en el Centro Penitenciario de Segovia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En juzgado de lo penal número uno de Ávila se tramita la ejecutoria registrada con el número XX/2019, en la cual se dictó auto con fecha de veintisiete del mes de noviembre del año 2019, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha treinta y uno del mes de octubre del año 2019, que acuerda no conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas al penado Federico en la sentencia de fecha dieciséis del mes de octubre del año 2019 y asimismo no haber lugar a la petición formulada por la representación procesal del penado, dando cumplimiento a la medida de seguridad en el propio centro penitenciario de Segovia.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de Federico se interpuso recurso de apelación contra el referido auto, al que se ha adherido parcialmente la representación procesal de Almudena.

TERCERO.- Recibidas las diligencias en esta sala, por providencia de fecha diecinueve del mes de diciembre del año 2019 se ordenó formar rollo, designándose magistrado ponente a D. A.D., quien tras la oportuna deliberación expresa el criterio unánime de la sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación por la parte condenada Federico, al cual se ha adherido parcialmente la acusación particular Almudena, contra el auto de fecha veintisiete del mes de noviembre del año 2019, dictado por el juzgado de lo penal único de Ávila en el procedimiento de ejecución penal o ejecutoria registrado con el número XX/2019 que, al resolver el recurso de reforma previamente interpuesto contra el auto de fecha 31 del mes de octubre del año 2019 y desestimar el mismo, acordaba, por lo que aquí respecta y es objeto del presente recurso, no haber lugar a la petición formulada por la representación procesal del penado, dando cumplimiento a la medida de seguridad en el propio centro penitenciario de Segovia.

SEGUNDO.- Entrando a conocer sobre la única cuestión objeto de debate consistente, se reitera, en el cumplimiento de la medida de seguridad de doce meses de internamiento en un centro cerrado para su tratamiento médico en el centro penitenciario de Segovia y no en el instituto psiquiátrico Íñigo dependiente de los servicios de salud mental de la comunidad de Madrid o en cualquier otro centro de similares características, hay que señalar que la medida de seguridad de internamiento en un centro cerrado para el tratamiento médico del penado Federico lógicamente sólo se puede cumplir en un centro de internamiento o de hospitalización de pacientes psiquiátricos de régimen cerrado, pero no en un centro de internamiento o de hospitalización de pacientes psiquiátricos de régimen abierto; por ello, dado que el instituto psiquiátrico Íñigo dependiente de los servicios sociales de salud mental de la comunidad autónoma de Madrid, conforme ha informado por escrito la jefa de sección D.^a Consuelo el día 8 del mes de noviembre del año 2019, no es un centro psiquiátrico de régimen cerrado y que además de ello incluso afirma que por tal motivo no procede

el internamiento, no cabe el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en un centro cerrado para el tratamiento médico en dicho centro sanitario psiquiátrico.

Sentado lo anterior, conforme informa la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, el abordaje terapéutico de su dolencia (trastorno explosivo intermitente y trastorno adaptativo mixto con ánimo deprimido) se puede realizar tanto por el servicio médico como por el equipo de tratamiento como por el psiquiatra consultor en el módulo residencial del centro penitenciario de Segovia; por ello no se trata de una cuestión jurídica propiamente dicha el objeto del presente recurso de apelación sino que de lo hasta ahora conocido el único centro de internamiento cerrado para el tratamiento médico psiquiátrico del penado Federico de su trastorno explosivo intermitente y de su trastorno adaptativo mixto con ánimo deprimido, se reitera, el único centro conocido adecuado para su tratamiento médico, es el módulo residencial del centro penitenciario de Segovia.

Evidentemente, ello no obsta a que si ulteriormente es conocido cualquier centro sanitario psiquiátrico de régimen cerrado para su adecuado tratamiento médico, bien por la propia familia del penado o bien por indicaciones de la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria, se pueda modificar el lugar de cumplimiento de la medida de seguridad siempre que se garanticen por un lado sus características como régimen cerrado y por otro lado que sea lo más conveniente para el tratamiento médico del penado.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 123 del Código Penal y con los artículos 239 y siguientes de la ley de enjuiciamiento criminal, se declaran de oficio las costas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado Federico y al cual se ha adherido parcialmente la defensa de la acusación particular Almudena, contra el auto del juzgado de lo penal número uno de Ávila, de fecha 27 del mes de noviembre del

año 2019 que, al resolver el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 31 del mes de octubre del año 2019, en primer lugar acuerda no conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativa de libertad impuestas al penado Federico en la sentencia número XX/2019 de fecha de dieciséis del mes de octubre del año 2019 recaída en el procedimiento de diligencias urgentes/juicio rápido registrado con el número XX/19 procedente del juzgado de instrucción número cuatro de Ávila y en segundo lugar acuerda no haber lugar a la petición formulada por la defensa del mencionado penado, dando cumplimiento a la medida de seguridad en el propio centro penitenciario de Segovia, resolución que se confirma íntegramente.

MODIFICACIÓN DE INTERNAMIENTO

46.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCIÓN TERCERA DE FECHA 04-09-2017

No procede la modificación de la medida de internamiento en Centro Psiquiátrico, que está cumpliendo en el módulo de enfermería de Centro Penitenciario ordinario.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por auto de fecha 21 de abril de 2017 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Zaragoza, acordó mantener el cumplimiento de la medida de seguridad relativa al interno Feliciano en los términos ordenados por medio de los autos dictados en fecha 7 de mayo y 11 de noviembre de 2014, consistiendo dicha medida en Internamiento en Centro Psiquiátrico, por tiempo máximo del resto de condena pendiente de cumplimiento, en concreto en el Centro Psiquiátrico de Foncalent (Alicante).

Por auto de fecha 27 de abril de 2017 se desestimó el recurso de reforma interpuesto contra dicha resolución, reformando no obstante la misma de oficio en cuanto a que la medida de seguridad impuesta al referido penado se ejecutara mediante la estancia del reo en el departamento de Enfermería del Centro Penitenciario de Zuera (Zaragoza), con objeto de favorecer la comunicación con su núcleo familiar de origen, medida expresamente condicionada a la constatación de la buena conducta del recluso. Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de apelación por la representación de Feliciano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita la parte recurrente a través de la interposición del recurso de apelación, el que se modifique la medida de seguridad vigente y la derivación del Sr. Feliciano a un establecimiento no penitenciario donde cumpla la medida de seguridad, petición a la que también se opone el Ministerio Fiscal.

No puede la Sala sino mostrar su plena conformidad con los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fechas 21 de abril y el recurrido de 27 de abril de 2017.

SEGUNDO.- Establece el artículo 60 del Código Penal que: "Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias, y ello es lo ocurrido en el presente caso en el que por auto de 7 de mayo de 2014, se acordó suspender al recurrente la larga condena impuesta, privativa de libertad de 14 años, 38 meses y 85 días, e imponerle la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico por el tiempo máximo del resto de la condena. El cumplimiento de la medida de seguridad ha sido irregular como pone de manifiesto el informe psicológico inicial del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante de 10 de enero de 2017, por el que se informa que se consideraba conveniente el mantenimiento de la medida de internamiento acordada, aunque a instancia del interno fue trasladado al Centro Penitenciario de Zuera, por razones familiares, y se constata que en fecha 22 de mayo de 2017 el Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria se entrevistó con el Sr. Feliciano y este agradeció su traslado a este último centro, para así poder ver a su padre.

TERCERO.- Pues bien, la Sala no puede por menos que remitirse al Informe Médico Forense de fecha 19 de mayo de 2017 en el que el Médico Forense Sr. Romeo –Folios 140 y 141– refería que el recurrente se encontraba bien en la enfermería del Centro Penitenciario de Zuera y aceptaba los tratamientos a los que en esta le sometían, así como que no existían plazas ofertadas por los Servicios de Salud extrapenitenciarios, recomendando la continuidad del interno en el Centro Penitenciario en el que se encuentra actualmente donde se le puede prestar todo el tratamiento necesario.

A la vista de todo ello, y dada la irregular trayectoria penitenciaria del Sr. Feliciano, razones de prudencia obvia nos aconsejan esperar un tiempo para poder evaluar la evolución de éste en el último Centro Penitenciario, tal y como sugiere el auto recurrido entendiéndose prematura su derivación a un establecimiento no penitenciario que no se concreta.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto, declarando de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación. En atención a todo lo expuesto

LA SALA DISPONE

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Feliciano, contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º 2 de ZARAGOZA, con fecha 27 de abril de 2017, declarando de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

47.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA, SECCIÓN TERCERA DE FECHA 20-10-2017

No procede la modificación del internamiento. El equipo multidisciplinar aconseja el relajamiento del mismo y su compatibilización con salidas terapéuticas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sentencia de 8 de febrero de 2017, Marco Antonio fue absuelto de un delito de atentado por concurrir la circunstancia eximente de responsabilidad criminal prevista en el artículo 20.1 del Código Penal, aunque se le impuso la medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico adecuado al tipo de diagnóstico que padece por tiempo máximo de un año, si bien atendido a que él mismo se encontraba en tratamiento y control ambulatorio, se acordó diferir la ejecución de sentencia la posibili-

dad de que dicha medida de seguridad pudiera cumplirse, en su caso, mediante el seguimiento del tratamiento ambulatorio que estaba recibiendo y por plazo de un año. Tal resolución ganó firmeza.

SEGUNDO.- En la ejecutoria arriba registrada del Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba se dictó auto el día 18 de mayo de 2017 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: Acuerdo el cumplimiento por D. Marco Antonio de la medida de seguridad de internamiento... por plazo máximo de un año... en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla. Esta decisión fue mantenida por auto de 13 de septiembre de 2017.

TERCERO.- Marco Antonio interpuso recurso de apelación contra este auto al entender que la medida de internamiento debería de haberse sustituido por la medida de tratamiento ambulatorio.

CUARTO.- Trasladado el recurso a las demás partes, éstas hicieron las alegaciones que tuvieron por conveniente: el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del mismo por entender que la resolución recurrida está ajustada a derecho y la sustitución solicitada no es oportuna.

QUINTO.- Recibidos los testimonios de la causa ejecutoria en esta Audiencia Provincial el día 27 de septiembre de 2017, se ha formado el rollo correspondiente, se ha turnado la ponencia y se ha fijado como día para la deliberación el 19 de octubre de ese año.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida y el objeto del recurso.

El auto apelado deniega la sustitución de la medida de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario que viene cumpliendo Marco Antonio por la medida de tratamiento ambulatorio también contemplada en el fallo de la sentencia. La jueza de la ejecutoria adopta tal decisión atendiendo al informe del Hospital Psiquiátrico penitenciario de Sevilla, y a las opiniones jurídicas del juez de Vigilancia Penitenciaria y del Ministerio Fiscal.

El recurrente combate esa resolución solicitando tal sustitución por entender que es menos gravosa a los derechos básicos del mismo.

SEGUNDO.- Los hechos de interés al recurso interpuesto.

De la ejecutoria de referencia, se obtienen los siguientes datos objetivos:

1º. A Marco Antonio se le impuso la medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico adecuado al tipo de diagnóstico que padece por tiempo máximo de un año, si bien se reconoció la posibilidad de que dicha medida de seguridad pudiera cumplirse mediante el seguimiento del tratamiento ambulatorio que estaba recibiendo y por plazo de un año.

2º. Finalmente, Marco Antonio entra al Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla para cumplir la medida.

3º. El 29 de junio de 2017, el equipo interdisciplinar de profesionales del Hospital Psiquiátrico en el que se encuentra interno Marco Antonio, informa que se encuentra en estudio y aconseja la participación del paciente en salidas terapéuticas con tutela del personal del Centro y de su familia.

TERCERO.- La decisión adoptada por la jueza de la Ejecutoria.

La decisión de la jueza es prudente atendidas las particulares circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes y, por eso, esta Sala, que está llamada funcionalmente a revisar sólo aquellas decisiones de la primera instancia que sean incongruentes, irracionales, absurdas o, por supuesto, injustas e ilegales, la va a mantener.

Resulta que el interno comenzó un tratamiento psiquiátrico bajo coerción que parece estar dando su fruto, tanto como que el equipo profesional multidisciplinar que lo dirige e implementa ha aconsejado el relajamiento del internamiento y su compatibilización con salidas tuteladas del recurrente. Y, resulta también, que la medida de cumplimiento alternativo barajada por la sentencia de tratamiento ambulatorio no es todavía contemplada por tal equipo profesional.

La conclusión que se alcanza es bien lógica: el interno todavía no está preparado para abandonar el centro hospitalario y seguir un voluntario tratamiento ambulatorio y, por eso, la jueza, con la opinión favorable del juez de Vigilancia Penitenciaria –llamado por ley a proteger los derechos de los internos en centros penitenciarios– y del Ministerio Fiscal –llamado constitucionalmente a la defensa de los derechos de los ciudadanos tutelables ante los tribunales–, acertadamente así lo decide para la mejor protección de los intereses personales y familiares del interno, y de la sociedad en general.

CUARTO.- Costas procesales

La Sala no aprecia que el recurrente haya incurrido en temeridad o mala fe a la hora de interponer el recurso de apelación, mostrando más bien su discrepancia sobre la ejecución de la medida de seguridad en su día acordada al encontrarse privado de derechos humanos básicos, razón por la que no procede imponerle las costas de esta instancia, que serán declaradas de oficio. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Marco Antonio contra el auto de 13 de septiembre de 2017 dictado en la Ejecutoria nº XX/2017 por la Jueza de lo Penal Número Cinco de Córdoba, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta instancia.

48.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN SEXTA DE FECHA 17-10-2018

Se desestima el recurso contra la resolución que acordaba el traslado desde una clínica a unidad psiquiátrica de centro penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Es objeto de recurso la resolución de 26.6.18 del Juzgado de lo Penal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 1.1. El apelante combate la decisión de trasladarle de la Clínica Coroleu a la Unidad Psiquiátrica del Centro Penitenciario de Brians 2 a efectos de continuar cumpliendo la medida de seguridad impuesta en sentencia de internamiento para tratamiento psiquiátrico. Alega,

a tal efecto, que en la clínica "tendría una mejor atención personalizada y mayores posibilidades de adaptación a la vida social".

1.2. El traslado vino motivado por las necesidades de contención del penado (consume THC, incumple reiteradamente la normativa del centro y es fuente de conflictos, hasta el punto de que le han sido suspendidas las salidas terapéuticas). En este sentido, la propia Administración ha señalado que la conducta del apelante no es reconducible en las circunstancias actuales y que no se beneficia del tratamiento recibido, precisando de un entorno más restrictivo y controlado. Así las cosas, no se advierten motivos para tildar de irrazonable o arbitraria la decisión cuestionada, pues el éxito del tratamiento, del que el internamiento es funcional, requiere de una mayor constricción que no puede proporcionar, debido a la propia actitud del penado, la Clínica en la que está ingresado. El recurso se desestima.

SEGUNDO.- Conforme a los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas.

VISTOS los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado contra la resolución de 26.6.18 del Juzgado de lo Penal nº 15 de Barcelona, confirmando la resolución impugnada y declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

49.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN SEGUNDA DE FECHA 11-05-2020

Se alza la medida de seguridad y se ordena el cumplimiento de la pena en un Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal n.º 12 de Barcelona en fecha 19 de noviembre de 2019, dictó auto cuyo tenor literal de su parte dispositiva es

la siguiente: "SE ACUERDA EL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR Y EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA de prisión de dos años y ocho meses impuesta a Carlos Francisco debiendo ser abonado el tiempo ya cumplido de la medida.

La referida medida, lo es una medida de seguridad impuesta en sentencia de fecha 30 de octubre de 2018, por el que se imponía al referido penado, la pena de dos años y ocho meses de prisión y al apreciar la existente incompleta de drogadicción (20.2 del Código penal), se acordaba la medida de seguridad de internamiento en centro cerrado de deshabitación acorde con la patología que padece que debería cumplirse con carácter previo a la pena, conforme a los artículos 99 y 104 del Código penal.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución, la representación procesal del penado, interpuso recurso de reforma, que con impugnación desestimatoria del Ministerio Fiscal, fue resuelto mediante auto de fecha 18 de diciembre de 2019.

Contra las anteriores resoluciones interpuso recurso de apelación por la precitada representación causídica.

Admitido a trámite el recurso y conferidos los oportunos traslados, fue nuevamente impugnado por el Ministerio Fiscal conforme consta en dicho testimonio de actuaciones. Seguidamente se dedujo el precitado testimonio de los particulares designados por las partes y se remitió a la Audiencia Provincial, donde fue repartida esta Sección para resolución, habiéndose señalado para deliberación y votación el 23 de marzo de 2020, celebrándose la misma a razón del contenido del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y correspondientes Acuerdos del TSJC y celebrada la cual, quedaron los autos encima de la mesa del ponente para resolver.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado F.J.M., que expresa el parecer unánime de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso se alza contra los precitados autos por los que se mantiene acuerda el cese de la medida de seguridad adoptada y acuerda el cumplimiento ordinario de la pena en centro penitenciario. Entiende el recurrente, en suma, que los razonamientos contenidos en los au-

tos acerca de que el incumplimiento por parte del penado de la normativa del centro de deshabitación donde cumple la medida, así como la creciente actitud intimidante del penado recurrente, no son elementos suficientes para determinar el cese de la medida de seguridad, máxime cuando la misma se halla en la segunda fase de tratamiento, no ha existido consumo de tóxicos y además, combate que no se concreten en los autos recurridos, en qué consisten los actos de incumplimiento o intimidatorios. Es por ello que solicita se estime el recurso de apelación y se mantenga el cumplimiento de la medida de seguridad impuesta por la sentencia condenatoria en el Centro Egueiro.

El Ministerio Fiscal, por el contrario entiende que la transgresión de la normativa, las actitudes y comportamientos inadecuados y la desobediencia a las indicaciones ponen de manifiesto que la medida de seguridad ha devenido ineficaz al fin pretendido, ya que no solo el resultado no ha sido satisfactorio sino que existe un pronóstico de empeoramiento en lo que refiere al grado de intimidación y agresividad.

Consta en la hoja ficha de situación procesal penal, que en la actualidad el penado está interno en el Centro Penitenciario de Brians, está clasificado en segundo grado de tratamiento penitenciario, cumple las 3/4 partes de la condena el 19/2/2020 y definitivamente la pena del 18/10/2020.

SEGUNDO.- Para la resolución del recurso debemos partir de las siguientes premisas normativas:

El artículo 6.2 del Código penal señala que: "Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".

El artículo 99 del Código penal, prevé que: "En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

El artículo 104 del Código penal dispone que: "1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

Asimismo, existe una escasa doctrina jurisprudencial sobre el cese de medidas de seguridad con carácter anticipado a su cumplimiento en supuestos de semiimputabilidad, impuestas conforme a los precedentes a artículos del Código Penal, siendo manifiestamente parca la regulación que dicha norma punitiva efectúa al respecto.

Así, existen sentencias como la de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián. Sección 1ª, de fecha 15/11/2019, que sobre el contenido normativo del mentado artículo 99 del Código penal, entienden los siguiente: "2.4.- Cuando se impone a la misma persona una pena privativa de libertad (aquí, penas de prisión y de localización permanente) y una medida privativa de libertad (en este caso, internamiento en un centro de deshabitación) el artículo 99 del Código Penal obliga a tres cosas: la primera, ordenar que se cumpla la medida de seguridad; la segunda, que el tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad se abone al de la pena y, la tercera, que, una vez cumplida la medida y producido el abono, si todavía hubiera pena que cumplir decidir la suspensión de del cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad, si con la ejecución de la pena privativa de libertad se pusieran en peligro los efectos conseguidos con la medida".

Es manifiesto que el Código Penal en el mentado artículo 99 del Código penal para los supuestos de concurrencia de penas y medidas de seguridad en los supuestos de semiimputabilidad, en el caso que nos ocupa, por la aplicación de una eximente incompleta de drogadicción del 20.2 del Código penal; prevé la existencia tanto de la pena de prisión como de la medida durante el cumplimiento de la condena, si bien cumpliendo en primer lugar la pena con descuento de la medida, lo que jurisprudencial y doctrinalmente ha venido a ser conocido como sistema vicarial. Así, se permite al juez encargado de la ejecución incluso que tras el alzamiento de la medida de seguridad, que evalúe la necesidad del cumplimiento ordinario de la pena

impuesta si la misma excediera de la extensión de la medida y existiera un sobrante tras su abono. A tal fin evaluará "que se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla (la medida de seguridad) incluso pudiendo llegar a suspender la ejecución del sobrante de pena tras el correspondiente abono de la medida de seguridad.

De cuanto antecede, a diferencia de lo que sucede cuando operan el supuesto de inimputabilidad y consecuente aplicación de eximentes completas, en el que la medida de seguridad se impone como una alternativa a la pena (artículo 101 del Código penal) y su incumplimiento nunca prevé como consecuencia su cese y abono a la pena (artículo 97 del Código penal); en los supuestos de semiimputabilidad coexisten ambas (pena y medida e seguridad) y solo tras el alzamiento por cese de la medida de seguridad, ora por cumplimiento exitoso o por incumplimiento de la medida, se produce el abono a la pena.

Al objeto de valorar los parámetros en los que residenciar el cumplimiento ordinario de la medida de seguridad o el incumplimiento anticipado de la misma, no es baladí recordar que el propio Centro Penitenciario alzaprima como elemento valorativo del cumplimiento ordinario de la pena sobrante del abono "los efectos conseguidos a través de aquélla (la medida de seguridad)". Como quiera que existen diversas medidas de seguridad privativas de libertad (artículo 96.1 del Código penal: internamiento en centro psiquiátrico, en centro de deshabituación o educativo especial), la misma naturaleza de la medida quedará anudada a lo que debemos entender por cumplimiento o incumplimiento de la misma.

Así las cosas, en el supuesto que nos ocupa, la medida de seguridad consistía en el internamiento en un centro de deshabituación. No estamos, como parece sugerir el recurrente ante un tratamiento ambulatorio de desintoxicación en el que el penado no está privado de libertad y en el que el único fin a evaluar es la consecución de la deshabituación del mismo evaluable a través de las correspondiente analíticas de consumo de tóxicos; sino ante una genuina medida de seguridad privativa de libertad que se impone en régimen de internamiento evaluando la gravedad del delito objeto de condena, su naturaleza, la extensión de la pena impuesta y la incidencia de las sustancias referidas en el 20.2 del Código penal en la comisión del mismo; y que supone por ello, no solo la abstinencia de consumo de las sustancias referidas en el artículo 20.2 del Código penal, sino sumisión a un tratamiento de mayor espectro especialmente planificado por profe-

sionales que forman parte de un Equipo Terapéutico que dispensa dicho tratamiento en régimen de privación de libertad y que, consecuentemente, supone el acatamiento del mismo así como el resto de normas del centro en el que se recibe y una correcta actitud frente a los profesionales del Equipo Terapéutico que intervienen en post de que ese tratamiento sea efectivo en beneficio del penado y respecto al resto de internos.

Sentado lo anterior, es manifiesto que los razonamientos sostenidos en los autos recurridos y que vienen respaldados por los alegatos del Ministerio Fiscal, deben ser mantenidos en esta alzada. Sin perjuicio de que lo deseable hubiera sido la remisión de dichos autos al contenido de los informes del Servicio de Medidas Penales Alternativas y Egueiro, en la que se especifican de manera más detallada las transgresiones de la normativa del centro, del Equipo Terapéutico, y en la que se detallan conversaciones tóxicas, insultos y amenazas respecto a otros internos y utilización de la manipulación grupal, y se enfatiza la actitud intimidante no solo frente al Equipo Terapéutico sino el resto de compañeros, llegando a "golpear el mobiliario de la casa porque otro compañero le había marcado un límite" (informe de Egueiro de fecha 4 de octubre de 2019); los razonamientos contenidos en los autos recurridos están sucintamente motivados y deben ser mantenidos.

Es manifiesto que no estamos ante una medida de seguridad consistente en internamiento en centro psiquiátrico en el que la contención física del interno forma una parte ineludible del tratamiento, sino ante un tratamiento de deshabitación en la que no es exigible al correspondiente Equipo Terapéutico un especial esfuerzo de contención sobre el penado, por lo que a la vista de la actitud intimidatoria del penado respecto a dicho Equipo y resto de compañeros del centro Egueiro y también desobediente, que a la fecha del dictado de los autos recurridos era creciente; el cese de la medida acordada al objeto de que el penado procediera a ser trasladado a centro penitenciario en el que pudiera continuar el tratamiento conforme al programa específico de deshabitación y en el que pudiera existir una mayor contención, conforme prevén los autos recurridos; es acertado y se ajusta a Derecho, por lo que el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado y las resoluciones recurridas íntegramente confirmadas.

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas del recurso, conforme al artículo 123 del Código penal y 240 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del penado Carlos Francisco, contra el auto de fecha 18 de diciembre de 2019 y el resolutorio del recurso de reforma interpuesto contra el auto inicia de fecha 19 de noviembre de 2019, resoluciones ambas dictadas por el Juzgado de lo Penal n.º 12 de Barcelona en su Ejecutoria y, en consecuencia, se confirman íntegramente ambas resoluciones.

50.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN DÉCIMA DE FECHA 21-07-2020

Se modifica la medida para cumplimiento en hospital psiquiátrico penitenciario por considerarlo más adecuado dadas las circunstancias del sometido a la misma.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE LO PENAL N.º 1 DE ALICANTE se tramitó Ejecución Definitiva con el número N.º XX/2019, dictándose auto en fecha de 11 de junio de 2020 de modificación de medida de seguridad de internamiento, que fue notificado a las partes. Por la Procuradora en nombre de José Carlos, se interpuso contra dicha resolución recurso de apelación.

SEGUNDO.- Conferido traslado del indicado recurso al Ministerio Fiscal, se opuso a su estimación, designándose los testimonios que tuvieron por conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación correspondiente.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la defensa de José Carlos, se recurre en apelación el auto de fecha 11 de junio de 2020, que aprueba la propuesta formulada por

el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de la Comunidad Valenciana. El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso, confirmando la modificación de la medida de internamiento que se venía ejecutando en Casa Veritas.

SEGUNDO.- En virtud de sentencia de 6 de mayo de 2019 se impuso a José Carlos medida de seguridad consistente en internamiento en Centro Casa Veritas gestionada por Cáritas Diocesana de Orihuela-Alicante por plazo máximo de 5 años que expira en fecha 29 de febrero de 2024 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con fecha de 11 de junio de 2020 dicto Auto previo informe del Ministerio Fiscal elevando al juzgado sentenciador propuesta de Modificación de la medida de seguridad de internamiento acordada en ejecutoria XX/2019 para cumplimiento de la misma en el Hospital Penitenciario Psiquiátrico de Alicante por parte de José Carlos.

Dicha petición de modificación se fundamenta en que resulta efectivamente aconsejada por los informes emitidos por el Centro Casa Veritas donde se encuentra interno José Carlos toda vez que está presentando una conducta inadecuada no obedeciendo las normas del Centro, con comportamientos agresivos y negativa a toma de medicación. Es por todo ello que atendiendo a las características del Centro donde se encuentra y su diagnóstico de esquizofrenia paranoide.

La propuesta fue aprobada por el Tribunal sentenciador y esta Sala, a la vista del contenido del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y la conducta descrita respecto del sometido a medida, considera procedente la modificación acordada con traslado al hospital psiquiátrico penitenciario, donde, de momento, deberá seguir cumpliendo la medida de internamiento, por ser lo más adecuado para el propio sometido a medida de seguridad.

VISTOS, por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación, la Ponente, que expresa el parecer de la Sala.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procuradora en nombre de José Carlos, contra el auto de fecha 11 de junio de 2020, que aprueba la propuesta formulada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de la Comunidad Valenciana, de la medida de seguridad de internamiento impuesta a José Carlos en Centro Casa Veritas

de Orihuela-Alicante acordada en ejecutoria para cumplimiento de la misma en el Hospital Penitenciario Psiquiátrico de Alicante adoptándose las medidas necesarias para la efectividad del traslado. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

MEDIDAS CAUTELARES EN MEDIDAS DE SEGURIDAD

51.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 84/2018, DE FECHA 16 DE JULIO DE 2018

No cabe privar de libertad al absuelto por aplicación de eximente incompleta mientras se resuelve el recurso interpuesto, salvo por causa del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el recurso de amparo núm. 4677-2017, promovido por don J.M.C., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa y asistido por el Abogado don Miguel, contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 20 de junio de 2017, por el que se acuerda el ingreso del recurrente en “la Unidad Psiquiátrica correspondiente del Centro Penitenciario” de Córdoba en el que se hallaba ya internado, así como contra el Auto de la misma Sección juzgadora, de 13 de julio de 2017, que desestimó el recurso de súplica promovido contra la anterior resolución. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 27 de septiembre de 2017, la Procuradora de los Tribunales doña Teresa, actuando en nombre de don J.M.C., interpuso demanda de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para el presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

a) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó Sentencia el 18 de mayo de 2017 en el procedimiento sumario núm. 1044-2016, cuya parte dispositiva es la siguiente: “Que apreciando la eximente completa de trastorno mental, debemos absolver como lo hacemos a J.M.C. de los delitos por los que fue acusado. Que debemos imponer e imponemos al dicho acusado la medida de seguridad consistente en internamiento en centro psiquiátrico, por el plazo necesario con el límite máximo de 12 años”.

En dicha causa judicial el Ministerio Fiscal había presentado escrito de acusación, calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1 Código penal, en relación con los artículos 16.1 y 62 de este; y de un delito de homicidio en grado de tentativa (artículo 138.1 del Código penal, en relación con los artículos 16.1 y 62 del citado Código), señalando al aquí recurrente en amparo como autor directo.

La Sentencia, tras la relación de hechos probados que describen las graves lesiones sufridas por el hijo menor del recurrente cuando este último le introdujo la hoja de un cuchillo de cocina de 36 centímetros de longitud en su zona abdominal, lo que precisó de una intervención quirúrgica para salvarle la vida, así como erosiones causadas a su esposa en el forcejeo con esta para quitarle el arma, califica los hechos en el fundamento de Derecho segundo como un delito agravado en grado de tentativa de los artículos 138.1 y 2 a) del Código penal en relación con el artículo 16 del Código penal, respecto del hijo; y de un delito de violencia física simple o no habitual contra la esposa del artículo 153.3, en relación con el artículo 147.2 del Código penal.

Sentado esto, la Sentencia razona en los fundamentos de Derecho quinto y siguientes, que se está ante un supuesto de eximente completa por alteración psíquica del artículo 20.1 del Código penal, lo que determina legalmente la absolución del acusado, pero atendiendo a la peligrosidad de su conducta y en orden a su rehabilitación, le impone la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico adecuado, por un tiempo máximo de doce años.

b) Dentro del plazo legalmente establecido, la representación procesal del acusado y aquí recurrente en amparo interpuso ante la Sección a quo, recurso de casación por infracción de precepto constitucional y por infracción de ley, dictándose por la Sección un Auto el 8 de junio de 2017 en el que tuvo por preparado el mencionado recurso. Tras su notificación, la representación procesal del recurrente presentó el día 13 de junio un escrito a la Sección competente de la Audiencia Provincial, interesando su inmediata puesta en libertad al haber sido absuelto y no haber cabido la prórroga de la prisión provisional.

c) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó Auto el 20 de junio de 2017, en cuya parte dispositiva acordó: “Que debemos de-

jar sin efecto, como lo hacemos, la prisión preventiva del acusado [J.M.C.] y en su lugar debemos acordar y acordamos el ingreso de dicho acusado en la Unidad Psiquiátrica correspondiente del Centro Penitenciario, hasta en tanto la sentencia alcance firmeza. Líbrese el correspondiente despacho al Centro Penitenciario de Córdoba”.

La Sección sustentó su decisión en el siguiente razonamiento jurídico único:

“Aunque con carácter general dispone el artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que todo procesado absuelto será puesto en libertad inmediatamente, sin embargo el propio precepto se encarga de establecer como excepción la concurrencia de otros motivos legales que hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo que, por motivos de coherencia procesal, se ha de hacer extensivo a los supuestos en que, como el presente, se dicta sentencia absolutoria por haber apreciado una eximente completa de trastorno mental, acordándose en el fallo de la sentencia como medida de seguridad el internamiento del acusado en institución psiquiátrica por tiempo máximo de 12 años, en que, conforme a la interpretación integrada del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hace preciso que el acusado permanezca privado de libertad, aunque en centro o unidad de distinta naturaleza, esto es en institución psiquiátrica hasta en tanto la sentencia alcance firmeza”.

d) El representante procesal del aquí recurrente interpuso contra la anterior decisión recurso de súplica, rechazando la alternativa de su reclusión en la unidad psiquiátrica del centro penitenciario, “pues significa, que el Sr. M. a pesar de su absolución, siga privado de libertad en calidad de preso”, posibilidad que no contempla ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su lugar, señala el escrito que “no desaprobamos que, hasta en tanto la Sentencia recurrida en casación alcance firmeza, se adopte una medida de internamiento cautelar en establecimiento psiquiátrico, como propone el Ministerio Fiscal en su escrito de 16 de junio de 2016”; y con invocación asimismo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, que se refiere a la posible adopción de la medida de internamiento del artículo 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil “en un centro hospitalario o de salud, pero no en un establecimiento regulado bajo las normas del régimen penitenciario, que vulneraría el derecho del recurrente a la libertad personal, reconocida en el artículo 17.1 de la de la Constitución Española”. Precisa también que no hay en vigor ninguna medida de

alejamiento o prohibición de comunicarse con sus familiares y propone “el internamiento no voluntario en el centro psiquiátrico del SAS de Córdoba, en el que se encontraba antes del procedimiento judicial, esto es, en la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario Reina Sofía, para garantizar que vaya a recibir un tratamiento médico idóneo conveniente y no carcelario, para hacer frente a su enfermedad”, petición que se reitera en el suplico.

Dado traslado al Ministerio Fiscal por diligencia de ordenación de 30 de junio de 2017, éste se opuso al recurso de súplica por escrito de 4 de julio de 2017, “por considerar que la resolución recurrida es ajustada a Derecho y que no infringe precepto legal alguno, ello sin perjuicio de no oponerse a que el Sr. M.C. pudiera, en su caso, ser trasladado a otro establecimiento de salud mental que asegure un adecuado tratamiento mental y que reúna aceptables condiciones de seguridad, si así lo estimasen conveniente los profesionales médicos que actualmente asisten al hoy recurrente”.

e) Con fecha 13 de julio de 2017, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó Auto desestimando el recurso de súplica, fundamentado en los siguientes razonamientos jurídicos:

“Primero.- El internamiento en un centro psiquiátrico como medida de seguridad.

Como sabemos, una medida de seguridad de carácter penal pretende, sea cual sea su naturaleza, evitar la comisión de nuevos delitos de la persona que, tras haber ejecutado un hecho típico y antijurídico, ha sido absuelta por no ser considerado imputable pero necesita de una sanción o medida sustitutiva de pena que le permita su total resocialización.

En el caso de la persona que cometió el delito encontrándose en situación de trastorno mental, una de las medidas que contempla nuestro Código Penal en su artículo 96.1.1 es la de internamiento en un centro psiquiátrico, la que sin duda conlleva obligada privación de libertad porque el interno entra a tal centro y se mantiene en el mismo contra su voluntad.

Esa fue la decisión adoptada por esta Sala respecto del recurrente, lo que se traduce en que el acusado no va a soportar una pena privativa de libertad pero sí una medida sustitutiva de la pena que es privativa de libertad.

Segundo.- El cumplimiento de una sentencia y la libertad del acusado absuelto.

Uno de los cometidos constitucionales de jueces y magistrados que integran el Poder Judicial es el de ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), siendo posible tal ejecución una vez que sea firme la sentencia (artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y debiéndose ejecutar en sus estrictos términos al ser las mismas invariables (artículos 267 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por eso que, caso de estar pendiente de firmeza por la sustanciación de un recurso contra la misma, el tribunal debe de adoptar las medidas provisionales tendentes al cumplimiento de su pronunciamiento si bien acompañado a la situación de interinidad de tal fallo. Ha de velar por la efectividad del cumplimiento pero teniendo en cuenta también los demás intereses en juego, con más razón si alguno de ellos son de carácter fundamental como es la libertad del acusado o la protección de la víctima.

Tercero.- La resolución ejecutoria adoptada por este tribunal.

Tal y como se recoge en el antecedente de hecho primero de este auto, la sentencia dictada por esta Audiencia decidió someter al recurrente a la medida de seguridad consistente en internamiento en centro psiquiátrico... con el límite máximo de doce años.

Luego, en la resolución impugnada, decidió dejar sin efecto la medida privativa de libertad acordada y la complementaria de internamiento en la Unidad Psiquiátrica del Centro Penitenciario. Con la primera decisión se cumple en sus estrictos términos el artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con la segunda lo que se pretende es proteger a las víctimas -familiares cercanos del acusado absuelto- de posibles futuras agresiones de éste hasta tanto no se consolide el tratamiento médico a que está siendo sometido con resultado efectivo para combatir las pulsiones homicidas que padece.

El auto combatido contiene una decisión de internamiento tan razonada como razonable que merece ser mantenida por la razón preventiva expuesta, y ello a pesar de la impugnación que hace el recurrente pretendiendo elegir el lugar de cumplimiento de la medida, algo que no está al alcance de las partes ni del propio tribunal, debiendo de adaptarse a los recursos con que al respecto cuenta la Administración responsable de la ejecución penitenciaria y que mejor se adapte a las reales y verdaderas necesidades terapéuticas del sujeto a la medida de seguridad”.

3. La demanda de amparo impugna en su encabezamiento el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de julio de 2017, desestimatorio del recurso de súplica promovido contra el anterior de 20 de junio del mismo año que a su vez y como antes se ha dicho, dejó sin efecto la medida de prisión provisional impuesta previamente al recurrente, y en su lugar acordó el ingreso de este último en la “Unidad Psiquiátrica correspondiente del Centro Penitenciario, hasta en tanto la sentencia alcance firmeza”. En el bloque de los motivos de fondo, sin embargo, la demanda ataca ambas resoluciones judiciales, como ahora se verá. Se alega como infringidos el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17.1 de la Constitución (en adelante, de la Constitución Española), con cita en su respaldo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, de 22 de octubre, y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, a cuyos efectos desarrolla su argumentación en dos motivos.

El primero de ellos plantea que el Auto de 13 de julio de 2017, al ponderar como preferente la adopción de la medida de ingreso del recurrente en la unidad psiquiátrica del centro penitenciario con el fin de prevenir posibles agresiones futuras a las víctimas del hecho cometido por él, ha sacrificado su derecho fundamental a la libertad “por otro que no lo es, el de la protección de las víctimas, en aras de una hipotética, e idéntica o similar, actuación, futurible e incierta”. Rechaza tal “sacrificio”, pues dice que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, ex artículo 1 de la Constitución Española; que cada derecho aquí en conflicto tiene su propio ámbito y que no resulta “ajustado a derecho otorgar mayor rango al que está basado en un acontecer incierto y futuro, frente a un derecho fundamental cierto y reconocido, como es, en el presente caso, el de la libertad”, insistiendo así en que este último se vulnera.

El motivo segundo se dirige contra el Auto de 20 de junio de 2017 dictado por la propia Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, atribuyéndole también la lesión del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), “pues prorroga sin cobertura legal, y de manera encubierta, la prisión provisional que le había sido previamente impuesta”. Alega que la Ley de enjuiciamiento criminal (en adelante, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no permite la prórroga de la prisión provisional a quien ha resultado absuelto por razón de una enfermedad mental, aunque le imponga una medida de seguridad de internamiento. Con cita

—sin identificarla— de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2 y otras anteriores, recuerda doctrina de este Tribunal sobre la garantía de la legalidad como presupuesto para la posible limitación de un derecho fundamental, exigiéndose la previsibilidad de la extensión y el contenido de una medida privativa de libertad, incluyendo su duración.

A continuación la demanda cuestiona los dos preceptos invocados por el Auto de 20 de junio de 2017 como fundamento para acordar el ingreso del recurrente en la unidad psiquiátrica del centro penitenciario: (i) respecto del artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque este regula la ejecución de sentencias y en el presente caso todavía no se ha alcanzado dicha fase del proceso pues la Sentencia dictada no es firme; así, añade, el Auto ha transformado una medida cautelar en otra de ejecución sin base legal; (ii) y en cuanto al artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un dispositivo que opera en la fase de instrucción penal y atiende a la comprobación de la capacidad procesal de aquel contra quien se dirigen las actuaciones, si este comprende el significado del proceso y la responsabilidad propia que se investiga, pudiendo en su caso archivarse la causa provisionalmente a la espera de la evolución de su estado mental, tal y como se aplica por los tribunales.

Reprocha la demanda al Auto de 20 de junio de 2017, una vez más, la carencia de habilitación legal, porque “ni el Código penal ni la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, advierten de la posibilidad de decretar el internamiento en un establecimiento psiquiátrico como medida cautelar”. Asimismo, censura que dicha resolución judicial no mencione el artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual podría ser aplicado aquí, advirtiendo en todo caso que este precepto no habilita para el internamiento “en un establecimiento penitenciario, bajo las normas del régimen penitenciario, por más que este establecimiento sea psiquiátrico”. “En verdad”, concluye en este punto la demanda, al recurrente “lo que se está haciendo es prorrogar la prisión provisional”, pues no se le interna “en un establecimiento psiquiátrico civil sino penal”. Y en línea con lo defendido en la vía judicial previa, alega el escrito que la defensa “no tiene objeción en la adopción de un internamiento no voluntario, pero civil, no penitenciario, en un centro adecuado para el tratamiento, ya que, dicho internamiento debe responder a una medida o actuación civil, no penal, pues, recordemos el Sr. M. fue absuelto”.

El suplico de la demanda pide se tenga por formalizado recurso de amparo en los mismos términos que su encabezamiento, esto es, contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de julio de 2017, desestimatorio de la súplica interpuesta contra el anterior Auto de 20 de junio de 2017; y que este Tribunal dicte sentencia estimatoria a fin de declarar violado el derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente.

Por medio de un segundo otrosí digo se interesó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la suspensión de la ejecución del Auto impugnado al producir un “evidente perjuicio al recurrente dado que se encuentra ingresado por decisión del Tribunal sentenciador en un Centro Penitenciario pese a haber sido absuelto y haber recurrido... la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, y en consecuencia de persistir esta situación ello podría hacer perder al amparo su finalidad”.

4. Por diligencia de constancia dictada por la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta, Sala Segunda, de este Tribunal Constitucional, de 13 de octubre de 2017, se manifiesta que efectuado contacto telefónico con el centro penitenciario de Córdoba, se informó por este último que “no existe unidad psiquiátrica, y que el interno don J.M.C., actualmente, se encuentra internado en el Módulo 16 del mismo que es enfermería”.

5. La Sección Cuarta de este Tribunal Constitucional dictó providencia el 27 de noviembre de 2017, admitiendo trámite el recurso, “apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 b)]. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, diríjase comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al Rollo Sumario núm. 1044/16 (dimanante del Sumario núm. 1/2016 instruido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Córdoba), debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo. De conformidad con

la solicitud de la parte actora, fómese la correspondiente pieza separada de suspensión. Todo ello condicionado a que por la Procuradora... en el plazo de diez días, se presente el poder para pleitos original que acrediten la representación que dice ostentar del recurrente”.

Este último requerimiento resultó cumplimentado por escrito de la representante procesal del recurrente, de 7 de diciembre de 2017, aportando original y copia del citado poder, y solicitando se le devolviera tras su desglose, a lo que se accedió por diligencia de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda, de 11 de diciembre de 2017.

La petición de suspensión a la que se refiere la providencia de admisión, fue proveída del modo como se resume en el posterior antecedente 15 de esta Sentencia.

6. En virtud de diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 12 de enero de 2018, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de poder formular las alegaciones que estimasen pertinentes, ex artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

7. La representante procesal del recurrente presentó escrito de alegaciones, registrado en fecha 13 de febrero de 2018, por el que interesó la estimación de la demanda de amparo por lesión del artículo 17.1 de la Constitución Española y que este Tribunal “declare nulas las resoluciones de la Audiencia Provincial de Córdoba, con todos los pronunciamientos favorables inherentes a dicha declaración”. Ratificándose en lo expuesto en su escrito de demanda, se hace un resumen del mismo y se insiste en que la situación del recurrente únicamente permitía su puesta en libertad, “o en su caso, un internamiento civil conforme a lo establecido en el artículo 763.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, reconociendo a este respecto que cuando un acusado por un delito grave resulta absuelto por apreciarse la eximente completa de enajenación mental, y recurre la Sentencia que le impone una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, “en ocasiones, no resulta procedente sin más, ponerlo en libertad mientras se tramita el recurso, pero si se diera el caso de que debiera permanecer privado de libertad, sólo habría de estarlo a través de la aplicación del artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Finaliza diciendo que el artículo 101 del Código penal recoge la posibilidad de recibir tratamiento médico

en centro adecuado a la enfermedad del declarado exento de responsabilidad por trastorno mental, sin tener que cumplir una medida de seguridad.

8. A su vez, con fecha 15 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal, escrito de alegaciones del Fiscal personado en este proceso por el que interesó se dictase Sentencia con los siguientes pronunciamientos: “1º.- El otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española). 2º.- La declaración de nulidad de los Autos de 20 de junio de 2017 y 13 de julio de 2017, dictados por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el Rollo núm. 1044/16. 3º.- Y, dado que no hay constancia en este momento de que la Sentencia absoluta de 18 de mayo de 2017 haya adquirido firmeza, estando pendiente de resolverse el recurso de casación, se acuerde la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el primero de los referidos Autos a los efectos de dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental lesionado”.

Tras realizar una recapitulación de los antecedentes procesales que considera relevantes en el caso, y referirse al contenido de la demanda, el escrito del Fiscal presenta los fundamentos jurídicos de su pretensión, si bien con carácter previo al análisis del fondo formula dos precisiones en cuanto al objeto del recurso: de un lado, la invocación por la demanda del artículo 24.1 de la Constitución Española carece de sustantividad como motivo autónomo y debe reconducirse a la alegada vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española). De otro lado, el examen de las resoluciones impugnadas ha de limitarse a la aplicabilidad de los preceptos esgrimidos por éstas para justificar la medida cuestionada por el recurrente, y no a cualesquiera otras disposiciones del ordenamiento jurídico, trayendo a colación en este punto la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, de 16 de julio, FJ 5.

Dicho esto, a renglón seguido se hace recordatorio de la doctrina constitucional en la materia, condensada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2, en relación con la garantía de legalidad y previsibilidad de toda medida restrictiva de la libertad personal, con invocación además de los artículo 5.1 (exigencia de legalidad en una medida privativa del derecho a la libertad) y 8.2 (principio de legalidad para toda injerencia en la esfera privada de los ciudadanos, por una autoridad pública) del Convenio europeo de derechos humanos; el artículo 17.1 del Pacto interna-

cional de los derechos civiles y políticos de la ONU, sobre la prohibición de detenciones arbitrarias o ilegales; y el artículo 17.1 de la Constitución Española, donde se recoge la misma garantía de la legalidad para la restricción del derecho fundamental. De nuevo reitera la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2, sobre la mencionada garantía, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, FJ 3, en el particular relativo a que “la ausencia de previsión legal de una medida limitativa de un derecho fundamental constituye una lesión autónoma del derecho sustantivo afectado”.

Acerca de la exigencia de previsibilidad de la ley, se alega cuál es su significado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: que la norma esté redactada con la suficiente precisión para que la persona pueda regular su conducta de acuerdo a ella y predecir las consecuencias de su aplicación, citando el Fiscal las Sentencias de 24 [rectius: 26] de abril de 1979, asunto *Sunday Times* contra el Reino Unido, § 49; y 4 de mayo de 2000, asunto *Rotaru* contra Rumanía, §§ 52 y siguientes (esta última, en relación con las restricciones al derecho del artículo 8 de la CEDH). Y completa sus reflexiones sobre el principio de legalidad, con invocación de nuevo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2 –y las que ahí se citan– en torno a su contenido material, esto es, la “calidad de la ley” que recoja la limitación de la libertad por las autoridades y sus agentes. Habiéndose opuesto así este Tribunal, entre otras patologías, a la imposición judicial de medidas cautelares innominadas, tal y como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001 al apreciar la lesión del artículo 17.1 de la Constitución Española por haberse adoptado una medida restrictiva –no privativa– de la libertad, sin cobertura legal (prohibición de salida del territorio nacional y retirada del pasaporte). Se configura así esta garantía de la legalidad, añade el escrito, como presupuesto de los demás requisitos para la constitucionalidad de a medida de limitación, como puede ser el de la proporcionalidad (una vez más, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

El último tramo de la fundamentación jurídica del escrito de alegaciones del Ministerio público, se centra en los razonamientos de las resoluciones impugnadas y los preceptos que éstas indicaron en sostén de la medida de ingreso del recurrente en la unidad psiquiátrica del centro penitenciario de Córdoba: los artículos 983 y 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en ese orden). A juicio del Fiscal ninguno de los dos ofrece cobertura “le-

gal directa y adecuada” a la medida: el primero, artículo 983, porque éste se refiere al posible aplazamiento de la excarcelación del acusado absuelto, mientras que aquí la Sección competente había ordenado dicha excarcelación, “por aplicación de la doctrina establecida en el Pleno por la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015”; aparte de que esta disposición se inserta en el procedimiento de ejecución de sentencias y, “tal como pone de manifiesto el demandante, no nos encontramos aún en fase de ejecución”, pues la dictada ha sido recurrida por aquel.

Respecto del segundo de los citados, el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala el escrito de alegaciones que la situación que regula “nada tiene que ver con el caso examinado”, pues además de no tratarse de un caso de demencia o inimputabilidad sobrevenida a la comisión del hecho delictivo, el proceso no se halla en fase de investigación ni ante la eventualidad de un archivo del sumario. Tampoco cabe hablar de la imposición de una medida de seguridad, de la que nada dice dicho precepto, el cual se incardina en la regulación legal dirigida a comprobar la capacidad procesal de la persona investigada.

Semejante falta de cobertura legal lleva al Fiscal a dar la razón al recurrente en su demanda, cuando éste habla de una “prisión provisional encubierta”, pues se le mantiene en un centro penitenciario “bajo el pretexto de llevarse a cabo en una Unidad Psiquiátrica, pero con la misma intensidad restrictiva del derecho fundamental que una prisión provisional”. De allí también deduce, que “la alegación de razonabilidad de la decisión de internamiento, que hace el auto resolutorio de la súplica, en tácita alusión a la proporcionalidad de la medida, olvida que, con carácter previo, es necesario que se cumpla, como presupuesto de raigambre constitucional, con el principio de legalidad”, como ya declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, FJ 6. Añade que “[l]as consideraciones relativas a la protección de las víctimas de futuras agresiones procedentes del demandante de amparo, a las que alude también la Sala, son constitucionalmente inidóneas para fundamentar la adopción de la medida privativa de libertad, pues, aunque pudieran constituir un fin legítimo, sin embargo, carecen del aval necesario para dar cobertura legal a la imposición de la medida de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario. Por otro lado, esta finalidad protectora es negada por el demandante de amparo, quien pone de manifiesto que el Tribunal en ningún momento impuso una medida de alejamiento o prohibición de comunicación con sus familiares.

Además, mantiene con asiduidad visitas en prisión tanto con su esposa como con su hijo”.

El Fiscal interpreta que si la Audiencia en un primer momento –Auto de 20 de junio de 2017– acordó el cese de la prisión provisional, lo hizo teniendo presente la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, de la que después incurre en olvido al resolver el recurso de súplica y dictar el Auto de 13 de julio del mismo año, pese a haber sido expresamente invocada por el recurrente, limitándose en insistir la Audiencia en la aplicabilidad del artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que resulta improcedente.

Finalizan las alegaciones del Ministerio público aludiendo al consentimiento del recurrente con la imposición eventual de su internamiento acordado ex artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, posibilidad indicada por la meritada Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, siendo que dicho precepto permite adoptar una medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, o bien otras alternativas que el legislador en su caso establezca. En el entendido, precisa el Fiscal, de que con amparo en dicho artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe ordenar un internamiento en centro penitenciario, “como así acordó la Audiencia Provincial. No es una mera cuestión relacionada con la fijación del lugar de cumplimiento del internamiento, como trató de banalizar la Sala, sino de un internamiento psiquiátrico que obedece a una naturaleza distinta y sometido a unos presupuestos diferentes, como así resulta de una sólida doctrina constitucional (vid, entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 141/2012, 182/2015 y 13/2016)...; en definitiva no obedece a una lógica cautelar penal. Por ello este precepto no puede servir de soporte legal para dar cobertura a un internamiento cautelar psiquiátrico en un centro penitenciario, en los términos impuestos por el órgano judicial” en las resoluciones impugnadas.

Remacha sus consideraciones diciendo que conforme ha señalado la doctrina (científica) y la Fiscalía General del Estado, “nuestra actual legislación no prevé específicamente la imposición de una medida de internamiento preventivo en un centro psiquiátrico a quien ha sido absuelto por apreciarse una eximente completa de trastorno mental mientras la Sentencia no adquiera firmeza al estar pendiente de recurso. En suma, se trata de una situación o escenario caracterizado por la ausencia total y completa de

ley que d[é] cobertura a la medida de privación de libertad impuesta por la Sala”.

9. Por diligencia de constancia de 16 de febrero de 2018, la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal indicó haberse recibido los escritos de alegaciones del recurrente y del Ministerio Fiscal ya mencionados, quedando el presente recurso pendiente para deliberación cuando por turno correspondiese.

10. Con fecha 27 de febrero de 2018, la Secretaría de la Sección Cuarta de este Tribunal acordó lo siguiente: “1.- Remitir atenta comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de que, a la mayor brevedad posible, se expida y remita a esta Sala certificación de la Sentencia dictada en el Recurso de Casación nº 1644/2017 con fecha 23 de enero de 2018. 2.- Remitir atenta comunicación a la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, para que informe a este Tribunal si se ha abierto la ejecutoria en el Procedimiento Sumario núm. 1/2016 contra el aquí recurrente disponiendo su traslado a otro establecimiento para cumplir la medida de seguridad impuesta”, debiendo precisar en ese caso a cuál.

11. La Letrada de la Administración de Justicia de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante oficio de 1 de marzo de 2018, remitió el testimonio interesado con certificación adjunta, relativo a la Sentencia núm. 33/2018 (recurso núm. 1644-2017) de fecha 23 de enero de 2018 dictada por esa Sala, cuya parte dispositiva es: “Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. J.M.C., contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 18 de mayo de 2017”.

12. Por su parte, el Letrado de la Administración de Justicia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, remitió por fax a este Tribunal, con fecha 20 de marzo de 2018, oficio del siguiente tenor: “En virtud de lo acordado en el día de hoy, le participo en relación al Recurso 4677-2017 P, que el Procedimiento Sumario núm. 1/2016 se incoó en Febrero de 2018 ejecutoria que quedó registrada con el núm. 5/2018 y el penado J.M.C. se encuentra cumpliendo la medida de seguridad en la Unidad de Psiquiatría del Centro Penitenciario de Córdoba, como se acordó en referido auto de firmeza y la pena expresada finaliza el día 29 de Agosto de 2027”.

La misma Secretaría de Justicia de la Sección a quo remitió al día siguiente, 21 de marzo de 2018, el siguiente oficio en rectificación del anterior: “En virtud de lo acordado en la causa al margen, libro a V.U. a fin de comunicarle que en 20 de Marzo de 2018, se comunicó a ese Tribunal que el penado J.M.C. se encuentra cumpliendo pena de medida de internamiento en la Unidad de Psiquiatría del Centro Penitenciario de Córdoba, no siendo cierto, pues con fecha 8 de Marzo de 2018 cursó alta en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, según información telefónica efectuada por este Letrado”.

13. A la vista de lo informado, y con el fin de verificar el paradero del recurrente en amparo, la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal dictó diligencia de ordenación el 23 de marzo de 2018, acordando unir a las actuaciones las anteriores comunicaciones procedentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, y “dirigir comunicación urgente al hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla para que informe si don J.M.C. se encuentra ingresado en ese Centro, cumpliendo medida de seguridad de internamiento, si es así, desde qué fecha y bajo qué medidas de tratamiento”. Dicho requerimiento se reiteró por diligencia de 10 de mayo de 2018.

En su respuesta, finalmente, el Director del hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, por medio de escrito de 19 de abril de 2018, recibido en el registro general de este Tribunal Constitucional el 21 de mayo de 2018, ha remitido informes del Servicio de psiquiatría de ese centro, de 15 de abril de 2018; del jurista adscrito al mismo, de 4 de abril de 2018; y de la educadora, de 17 de abril de 2018, informando todos ellos que el recurrente ingresó en dicho hospital psiquiátrico penitenciario el 8 de marzo de 2018 para cumplir con la medida de seguridad impuesta. Precisa el primero de esos informes que el paciente “mantiene un aceptable grado de aceptación al Centro” y se halla sujeto a tratamiento psicofarmacológico que especifica, mientras que el último de los informes detalla las actividades diarias a las que está sometido.

14. La Sección Cuarta de este Tribunal, en virtud de providencia de 28 de mayo de 2018, acordó unir a las actuaciones la documentación procedente del hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, y dar traslado de ella a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo de tres días, a fin de que pudieran formular alegaciones.

Tanto la representante procesal del recurrente, como el Ministerio Fiscal, presentaron alegaciones. La primera lo hizo por escrito registrado el 5 de junio de 2018, expresando que la evolución positiva al tratamiento que venía mostrando su representado en el hospital psiquiátrico penitenciario, incluso con “salidas terapéuticas” de las que ha tenido conocimiento, corroboraba su reiterada solicitud de internamiento en un establecimiento psiquiátrico, ex artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y que al no existir medida de alejamiento o de prohibición del recurrente para comunicarse con su mujer e hijo, solicitó se provea al cambio de su situación de internamiento “por la puesta en libertad con tratamiento ambulatorio”.

Asimismo, el Fiscal personado en este proceso de amparo, mediante escrito registrado el 8 de junio de 2018, presentó alegaciones ratificándose íntegramente en lo alegado en su previo escrito dentro del trámite del artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si bien, constatado que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo había dictado ya Sentencia resolutoria del recurso de casación promovido por el recurrente, en sentido desestimatorio, y siendo por tanto “firme y ejecutoria” la Sentencia de la Audiencia Provincial, manifestó que la solicitud de retroacción de actuaciones ya no era procedente por lo que pidió se tuviera por suprimida, “dado que en la actualidad el recurrente está cumpliendo la medida de seguridad establecida por sentencia firme”.

15. Respecto de la solicitud de suspensión de la “medida de internamiento en el Centro Penitenciario”, realizada en la demanda, y conforme con la providencia de admisión a trámite del recurso, la Sección Cuarta de este Tribunal dictó nueva providencia el 28 de noviembre de 2017, acordando formar la pieza para la tramitación del respectivo incidente de suspensión, y concediendo plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para alegaciones. La primera presentó escrito registrado el 11 de diciembre de 2017, reiterando su solicitud de suspensión “sin perjuicio de que la Audiencia Provincial de Córdoba acuerde una medida cautelar que resulte oportuna”. El Fiscal por su parte se opuso a la suspensión, por escrito registrado el 12 de diciembre de 2017.

El incidente fue resuelto por medio de Auto de la Sala Segunda de este Tribunal, de 18 de diciembre de 2017, denegando la suspensión solicitada, por cuanto “implicaría adelantar el amparo que se solicita, esto es, tener que pronunciarnos sobre la falta de cobertura legal de la medida impuesta” (fundamento jurídico 4).

16. Mediante providencia de fecha 12 de julio de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente fue declarado absuelto de un delito de homicidio agravado en grado de tentativa y de otro delito de violencia física simple o no habitual de los que había sido acusado, por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de mayo de 2017 (procedimiento sumario núm. 1044-2016), que apreció la eximente completa de trastorno mental del artículo 20.1 del Código penal y, en su consecuencia, le impuso el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico (ex artículo 101 del Código penal) por tiempo máximo de doce años. Al interponerse por la defensa recurso de casación contra dicha Sentencia, se solicitó su puesta en libertad mientras se tramitaba el recurso, denegando lo pedido la Sección juzgadora por Auto de 20 de junio de 2017, que ordenó en cambio que el acusado permaneciera recluido en la “Unidad Psiquiátrica correspondiente al Centro Penitenciario” de Córdoba donde ya se hallaba privado de libertad en régimen de prisión provisional durante el proceso. Decisión que resultó confirmada en súplica por nuevo Auto de 13 de julio de 2017.

Son estas dos últimas resoluciones judiciales contra las que se interpone la demanda de amparo, alegándose que han producido la vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente, por no haberse accedido a su excarcelación hasta tanto recayera sentencia de casación o, en su defecto, que se acordara su internamiento en un centro hospitalario ajeno al control de la Administración penitenciaria; sosteniendo en síntesis que no existe norma legal de cobertura para su mantenimiento en el centro penitenciario, y calificando su situación personal como una prisión encubierta.

Aunque alguna duda pueda ofrecer la demanda de amparo en su encajamiento y en el suplico, respecto a si impugna ambos Autos o solamente el recaído en súplica, la duda se despeja al leer el cuerpo del escrito en el que se dedica un motivo de impugnación para cada uno de ellos, como ya se explicó en el antecedente 3 de la presente Sentencia. En todo caso, a esta misma conclusión se llegaría aplicando nuestra reiterada doctrina en cuya

virtud, “cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de considerarse también recurridas esas precedentes resoluciones” (últimamente, Sentencias del Tribunal Constitucional 149/2015, de 6 de julio, FJ 1; 186/2015, de 21 de septiembre, FJ 2; 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 1, y 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 2).

Debe asimismo precisarse, confirmando razón a lo afirmado por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones del artículo 52.1 del Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), que la mención que formula la demanda sobre una presunta lesión también por las resoluciones impugnadas, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), carece en dicho escrito de autonomía argumental, por tanto se reconduce o subsume la queja en el análisis de la alegada conculcación del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), objeto único de este recurso.

Como última apreciación previa al análisis del fondo del presente recurso, indicamos que con el fin de preservar la intimidad del recurrente en amparo, su esposa e hijo menor de edad, y siguiendo doctrina constitucional reiterada, “en aplicación de las potestades atribuidas a este Tribunal por el artículo 86.3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (‘Boletín Oficial del Estado’ núm. 178, de 27 de julio de 2015), la presente Sentencia no incluye la identificación completa de dicha persona ni, a estos mismos efectos, la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones [Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, FJ 8; en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 182/2015, de 7 de septiembre, 13/2016, de 1 de febrero, FJ 1; 22/2016, FJ 1; 34/2016, de 29 de febrero, FJ 1; 50/2016, de 14 de marzo, FJ 1; 132/2016, de 18 de julio, FJ 1 c); 31/2017, de 27 de febrero, FJ 1 c), y 85/2017, de 3 de julio, FJ 1]” (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018, de 22 de enero, FJ 1).

2. El recurrente de amparo, como ha quedado ya reflejado en los antecedentes de la presente Sentencia, cuestiona esencialmente la falta de cobertura legal de la medida de reclusión cautelar en la unidad psiquiátrica del centro penitenciario de Córdoba mientras se tramita su recurso de casación, pero también formula la pertinente crítica de otros tres aspectos de

la medida sufrida, que han incidido en la, a su parecer, indebida restricción de su derecho fundamental a la libertad, como son: (i) la inexistencia de fines legítimos para su adopción, al haber ponderado los Autos de manera prevalente el sacrificio de un derecho fundamental (artículo 17.1 de la Constitución Española), para no poner en riesgo la vida e integridad física de las víctimas de los hechos delictivos que se le atribuyen, a la sazón su esposa e hijo común; riesgo que la demanda niega; (ii) la no idoneidad de la medida, al defenderse como suficiente y adecuada la excarcelación; (iii) subsidiariamente su falta de necesidad, desde el momento en que de no accederse a su puesta en libertad se proponía una alternativa considerada menos gravosa, la de su internamiento en un hospital psiquiátrico no controlado por la Administración penitenciaria.

Así planteado el debate por la demanda, constituye doctrina de este Tribunal, recordada por nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2, que “la existencia de una cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público en la libertad individual es un requisito previo e insoslayable, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explicita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después, valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada, ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada, todo ello de acuerdo con el principio favor libertatis o in dubio pro libertate, que lleva a la ‘elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad’ (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)”.

Por tanto, iniciaremos nuestro examen por la verificación del presupuesto de legalidad de la medida. De llegar a evidenciarse su incumplimiento en este caso, ello traería consigo la estimación de la demanda sin necesidad de tener que pronunciarnos sobre los demás motivos del recurso, pues aunque en hipótesis concurrieran los demás requisitos exigibles para la constitucionalidad de la privación de la libertad soportada por el recurrente, devendría a todos los efectos ya irrelevante, faltando, se insiste, aquel presupuesto.

3. La Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015 ya citada, resolvió el recurso planteado por quien en el proceso a quo resultó absuelto en sentencia del delito de incendio por el que se le acusaba, también como aquí con apreciación de la eximente completa de trastorno mental (artículo

20.1 del Código penal) e imponiéndosele la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico penitenciario (allí por tiempo no superior a siete años), impugnando en amparo la decisión posterior de la autoridad judicial de mantenerle en prisión provisional durante la tramitación del recurso de casación promovido por él contra la Sentencia de instancia. Lo alegado entonces fue también la vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), pero por falta de cobertura legal de la citada medida de prisión provisional. Para resolver aquel recurso, este Tribunal formuló las siguientes consideraciones:

a) Respecto del principio de legalidad en el ámbito de las medidas limitativas de derechos fundamentales, recordamos entonces que “hemos señalado que ‘la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional’, proyectando este postulado sobre una serie de derechos fundamentales, en lo que ahora nos importa, específicamente también sobre el derecho a la libertad personal (Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 6)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

b) Ya dentro de este último (derecho a la libertad) y en relación con la medida de prisión provisional, precisamos asimismo que “la exigencia general de habilitación legal supone ‘que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional’ ha de estar ‘prevista en uno de los supuestos legales’ (uno de los ‘casos’ a que se refiere el artículo 17.1 de la Constitución Española) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la ‘forma’ mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 2; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

c) Para tener por cumplida la exigencia de la previa habilitación legal de toda medida restrictiva del derecho fundamental –de nuevo con carácter general–, “hemos sostenido, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que ‘la ley debe definir las modalidades y extensión del ejerci-

cio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad’ (Sentencias del Tribunal Constitucional 169/2001, 16 de julio, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

Lo que trasladado a la regulación de la prisión provisional implica “que la ley habilitadora de la injerencia ha de hacer suficientemente previsible la extensión y el contenido de la privación de libertad, lo que ‘encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar’...” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

d) En aplicación de esta doctrina, la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015 comprobó si tenía cobertura legal la medida cautelar impuesta al ahí recurrente, en concreto en el artículo 504.2 in fine de la Ley de enjuiciamiento criminal (de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), precepto inserto en el articulado de la prisión provisional (“si fuere condenado... la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida”), llegando a una conclusión negativa en sus fundamentos jurídicos 3 a 5, a cuya argumentación cabe aquí remitirse.

La misma falta de cobertura observó la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015 respecto del artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título”). Como explica en su fundamento jurídico 4: “Se trata, en primer lugar, de una norma que se ubica sistemáticamente en la fase de instrucción del sumario, en la que se advierte al Juez instructor que, de apreciar ‘indicios de enajenación mental’ en el procesado (no juzgado aún) deba someterlo a la observación de los médicos forenses, con objeto de precisar una inicial valoración de su estado psíquico; el precepto se halla sistemáticamente encuadrado en el ámbito de las primeras diligencias de investigación sobre la ‘identidad del delincuente y sus circunstancias personales’, dentro de la fase de instrucción del sumario, habiéndolo introducido el legislador en

este capítulo de la norma procesal, de estricta naturaleza investigadora, con el objetivo de que el Juez instructor pueda hacer una primera valoración de la capacidad psíquica del procesado sometido al proceso, con vistas a la ulterior culminación de la fase de investigación y preparación para el juicio oral y la resolución definitiva. En el supuesto de autos, en cambio, el inicialmente acusado ha sido ya enjuiciado y objeto de un pronunciamiento judicial en el que se le ha apreciado, no ya indicios, sino la certeza de tener alterada su capacidad psíquica y por ello ha sido declarado exento de responsabilidad criminal. Además, en segundo término, el precepto cumple una doble finalidad, de una parte asistencial, pues ordena al Juez que curse el mandato oportuno para que el procesado sea sometido ‘a la observación de los médicos forenses’ y, de otro lado, de clara vocación investigadora dentro del sumario, con vistas a perfilar la concurrencia o no de una posible circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en aquel. Este precepto, por tanto, en nada habilita legalmente para fundamentar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad prorrogada, pues el alcance y fines que persigue son distintos de los que ahora analizamos”.

e) Constatada la ausencia de una norma legal orgánica (artículo 81.1 de la Constitución Española) habilitante de la adopción de la prisión provisional, tras sentencia no firme de absolución por eximente completa con imposición de medida de seguridad de internamiento, su consecuencia no podía ser otra que la declaración de haberse vulnerado el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente, con otorgamiento del amparo solicitado (FJ 5 y fallo).

Al margen de esta solución al caso concreto, sin embargo, el Tribunal tuvo muy en cuenta la importancia de evitar la incertidumbre que podría generarse en el ámbito de la Justicia penal con su pronunciamiento, durante el tiempo de espera que se suponía sería breve desde la publicación de nuestra sentencia 217/2015, hasta que el legislador interviniera regulando convenientemente esta materia, descartada de antemano la hipótesis de una desregulación deliberada, del todo inconveniente si se tiene en cuenta, como observó ya la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001 (capítulo IV, 5), “que la adopción de una medida cautelar privativa de libertad contra estas personas se presenta como imprescindible en muchos casos”, dado el grado de peligrosidad judicialmente acreditado y la gravedad de los delitos cometidos, al margen de su inimputabilidad, con posible riesgo de su reiteración.

En ese sentido, el Tribunal dejó por ello advertido al final de su fundamento jurídico 4, que no cabía descartar como vía de control jurisdiccional alternativa, la del internamiento involuntario por causa de trastorno mental previsto en el artículo 763 de la Ley de enjuiciamiento civil: (precepto éste declarado por cierto inconstitucional –sin nulidad– en los incisos que recogen la mencionada medida privativa de libertad, por la falta del debido rango legal orgánico, por nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, rango que apenas ha alcanzado tras la reforma de la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio).

Con todo, es obvio que este cauce de tutela, sometido a sus propios presupuestos, garantías y trámites, en lo que aquí importa en cuanto a la fase judicial de 72 horas del artículo 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sobre esas garantías, vinculadas al derecho fundamental a la libertad, tratan con detalle las Sentencias del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, FFJJ 4 y 6; 182/2015, de 7 de septiembre, FFJJ 3, 5 y 6; 22/2016, de 15 de febrero, FFJJ 4 a 6; y 50/2016, de 14 de marzo, FFJJ 3, 4 y 6), plazo a contar en este caso desde la puesta en conocimiento de los hechos al juez civil competente por parte del tribunal penal a quo, una vez interpuesto el recurso devolutivo contra la sentencia, y hasta la adopción del auto civil resolutorio autorizando o no la medida (el cual es apelable), no deja de ser una posibilidad extraordinaria, no exenta de problemas orgánicos y procedimentales entre tribunales de dos órdenes de jurisdicción llamados a conocer e injerirse en la situación de libertad de una misma persona en tiempo simultáneo.

4. Se sigue de lo declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, incluyendo la admonición final contenida en ella acerca de la citada vía alternativa del internamiento por trastorno mental del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la privación de la libertad individual de una persona sometida judicialmente a una medida de seguridad de internamiento (artículo 101 del Código penal), mientras la Sentencia penal que así la impone no haya devenido firme, no puede ampararse hoy día en el instituto de la prisión provisional.

Como dejamos asentado en nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 7, con evidentes diferencias en cuanto a la situación ahí enjuiciada frente a la que ahora nos ocupa (pues se trataba de un proceso penal todavía en fase de instrucción, aunque el recurrente

ya había sido declarado incapaz en sentencia civil), pero aplicable aquí en cuanto a las garantías de un tratamiento especializado: “no concurren en este caso razones suficientes para considerar que la medida excepcional de prisión provisional impuesta al demandante de amparo resultaba proporcionada y acorde a finalidades constitucionalmente legítimas y sí, por el contrario, para afirmar que ni resultaba necesaria ni era la más adecuada para garantizar que fuera a recibir un tratamiento médico idóneo y una atención personal y social conveniente para hacer frente a su enfermedad y para evitar que en un futuro se lesionara a sí mismo o lesionara a los demás. La misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo ‘provisional’, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contra-sentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada”.

En esta misma línea de pensamiento se incardina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con la garantía de la legalidad del artículo 5.1 e) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: de la CEDH [“ Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: ... e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de... un enajenado”], aplicada a personas con trastorno mental a las que se les atribuye la comisión de delitos. Así por ejemplo, en su Sentencia del 30 de julio de 1998, asunto Aerts contra Bélgica, el Tribunal rechazó que pudiera considerarse adecuado, a los efectos de aquella garantía, la reclusión del demandante con trastorno mental en el anexo de un centro penitenciario sin las debidas condiciones de tratamiento médico —en aquel caso, durante siete meses—:

“§ 46. El Tribunal recuerda que para respetar el artículo 5.1, la detención debe tener lugar ‘según las vías legales’ y ‘ser regular’. En esta materia, el Convenio remite para lo esencial a la legislación nacional y consagra la obligación de respetar tanto las normas de fondo como de procedimiento, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5: proteger al individuo contra la arbitrariedad (ver, entre otras, las Sentencias Winterwerp contra Países Bajos de 24 de octubre de 1979, serie A, núm. 33, pgs. 17-18 y 19-20, ap. 39 y 45, y Bizzotto contra

Grecia de 15 de noviembre de 1996, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-V. pg. 1738, ap. 31).

Además, debe existir cierto vínculo entre, por un lado, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, por otro, el lugar y el régimen de detención. En principio, la ‘detención’ de un enfermo mental no será ‘regular’, según el apartado e) del párrafo 1, salvo si se realiza en un hospital, una clínica o en otro establecimiento apropiado (Sentencia Ashingdane contra Reino Unido de 28 de mayo de 1985, serie A, núm. 93, pg. 21, ap. 44)”.

“§ 49. El juicio verbal seguido los días 10 a 15 de enero de 1990 que reflejan la situación existente en 1990 (apartados 23 y 24 supra), el informe del CPT [Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes] (apartado 28 supra) y las alegaciones aportadas por el Gobierno belga (apartados 29-30 supra) demuestran suficientemente que el anexo psiquiátrico de Lantin no podría ser considerado como un establecimiento apropiado para la detención de enajenados: estos últimos no se benefician ni de un seguimiento médico ni de un ambiente terapéutico. Al recibir una solicitud de permiso del señor Aerts, la Comisión de defensa social consideró, el 2 de agosto de 1993, que la situación perjudicaba al interesado, que no se beneficiaba de los cuidados que necesitaba el estado origen de su internamiento. El Gobierno, por otra parte, no negó que el hacerse cargo del demandante en Lantin fuera deseable desde un punto de vista terapéutico. Hubo entonces ruptura del vínculo entre la finalidad de la detención y las condiciones en las que ésta tuvo lugar”.

“§ 50. En conclusión, hubo violación del artículo 5.1”.

También sobre la improcedencia de mantener a la persona con trastorno mental en centros de detención que carezcan de las necesarias condiciones para su tratamiento médico, desde la óptica de la garantía de la legalidad del artículo 5.1 e), la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2008, asunto Pankiewicz contra Polonia, §§ 44 a 46 (que declara vulnerado el Convenio).

5. Las resoluciones impugnadas en este amparo, como ya se ha dejado constancia en los antecedentes, levantaron la prisión provisional que pesaba sobre el acusado aquí recurrente, acordando en su lugar que ingresara en la “Unidad Psiquiátrica” del mismo centro penitenciario donde estaba. Nos corresponde comprobar, por tanto, si existe una norma procesal que

dé cobertura no ya a la adopción de la medida de prisión provisional que ha sido correctamente excluida por la Audiencia, atendiendo seguramente a nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, sino aquella otra medida de internamiento en la unidad psiquiátrica a la que acaba de aludirse. Para responder a esta cuestión procede realizar las siguientes consideraciones:

a) Ambos Autos recurridos invocan como base el artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor: “Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado”. La referencia a “otros motivos legales” permitiría así extender, “por motivos de coherencia procesal” según lo llama la Audiencia en su Auto de 20 de junio de 2017, y con el fin de “proteger a las víctimas...de futuras agresiones” del recurrente, añade el Auto de 13 de julio posterior, su no excarcelación.

Por su parte, el Auto de 20 de junio de 2017 sostiene que este precepto se ve complementado a su vez con el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con el cual: “Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo”.

Así expuesta, no puede compartirse la tesis de las resoluciones recurridas. Respecto del artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no resulta tan determinante para su descarte el hecho de que el precepto se incluya en el articulado de la ejecución de sentencias, puesto que precisamente lo que ahí se hace es excepcionar el cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia absolutoria, por alguna de las causas que expresa la norma. Sí lo es, sin embargo, que el precepto no habilita el mantenimiento de una privación de libertad que no hubiese sido ya adoptada dentro de los cauces previstos por el propio ordenamiento procesal penal. Y cualquier otro motivo no vinculado a la impugnación de la sentencia debe ser igualmente de los calificados como “legales”, para permitir el aplazamiento de la excarcelación. En definitiva, el artículo 983 reenvía a la que sería, en cada caso,

la verdadera norma de cobertura de la medida cautelar, lo que nos deja en el mismo punto de partida.

b) En lo que concierne al artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de concederse razón tanto al demandante de amparo como al Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, cuando ponen de relieve su inaplicabilidad al asunto de autos: ni la situación del aquí recurrente es la de padecer demencia sobrevenida “después” de cometidos los delitos que se le atribuyen (muy al contrario, los perpetró bajo el estado de alteración mental que ha traído consigo la apreciación judicial de la eximente del artículo 20.1 del Código penal), ni el proceso se encuentra todavía en la fase de instrucción ni, por tanto, se trata de asegurar el ejercicio de la capacidad procesal del inculpado.

c) Todavía dentro de la Ley de enjuiciamiento criminal, y a los efectos que también resultan aquí aplicables, nos remitimos al razonamiento contenido en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, antes reproducido en el anterior fundamento jurídico 3 d) de la presente Sentencia, en torno a la inoperancia del artículo 381 de dicha Ley para servir de cobertura en este caso, de la medida de internamiento en centro psiquiátrico.

d) La referencia contenida en las resoluciones impugnadas, al internamiento del recurrente en la “Unidad Psiquiátrica del Centro Penitenciario” donde estaba en prisión provisional, remite al Reglamento penitenciario que es donde se prevé este tipo de establecimientos. Sin embargo, ninguna de sus disposiciones tiene rango legal y menos todavía el exigible de ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución Española), por lo que ya de por sí no ofrece la cobertura necesaria al tratarse, no se olvide, de una medida privativa de un derecho fundamental (artículo 17.1 de la Constitución Española). Pero además tampoco aparece siquiera la necesaria compatibilidad de supuestos, pues el ingreso de la persona en “establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias”, solo es procedente: (i) bien para el “cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad” (artículo 183), por apreciación de una circunstancia eximente [artículo 184 b)], esto es, con carácter ya ejecutivo, o (ii) bien de manera temporal, para “detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación... durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe” [artículo 184 a)], lo que no se amolda a la hipótesis de un internamiento durante semanas o meses,

tiempo previsible de espera para la sustanciación de un recurso penal devolutivo contra la sentencia. En ambos casos, bajo el control de la Administración penitenciaria (artículo 21 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas).

e) No ofrece base legal tampoco, aunque tenga el rango necesario, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, que se limita a disponer el ingreso eventual en establecimientos de “preventivos” (“centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos”, acota el precepto), de quienes fueren a cumplir “penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses”, por tanto una vez más, como medida ejecutiva (de corta duración).

f) Conviene puntualizar, en todo caso, en cuanto a su previsión en los artículos 183 y siguientes del Reglamento Penitenciario, que hasta el presente solamente funcionan en España como “establecimientos psiquiátricos penitenciarios”, los hospitales psiquiátricos penitenciarios de Alicante y Sevilla. Y por lo que hace a las unidades psiquiátricas dependientes de un centro penitenciario, únicamente se ha constituido una, la “Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria” del centro penitenciario Brians 1 (UHPP), exclusiva para la población reclusa de Cataluña al tener dicha Comunidad Autónoma transferida la competencia en materia de Administración penitenciaria. No existen unidades psiquiátricas en otros centros penitenciarios y, por tanto, no la hay tampoco en concreto en el centro penitenciario de Córdoba. De allí que el mandato judicial de ingreso del recurrente en semejante “unidad” de este último centro, como resuelven los Autos impugnados en amparo con desconocimiento de la realidad, haya devenido en los hechos de imposible cumplimiento.

En efecto, según consta en el antecedente 4 de la presente Sentencia, tras realizarse comunicación telefónica por la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal Constitucional, el 13 de octubre de 2017, con el mencionado centro penitenciario, se tuvo confirmación de este último de que no contaba con dicha unidad psiquiátrica, y que el recurrente había quedado recluido en el módulo 16 del mismo centro, que es según

se informa el de enfermería, se entiende que con sujeción al régimen interior general. Desde esa perspectiva, la demanda de amparo y el Ministerio Fiscal llevan razón cuando califican la situación del recurrente, hasta su reciente traslado al hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla el 8 de marzo de este año (cuando ha empezado a cumplir con la medida de seguridad impuesta, tras desestimarse su recurso de casación), como una prisión encubierta, carente de absoluta cobertura legal, y por ello vulneradora de su derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), lo que determina la estimación de la demanda de amparo.

Corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (artículo 66.2 de la Constitución Española), poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico.

Hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesaria para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrá de serlo, como acota el Fiscal en su escrito de alegaciones, en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito.

6. La estimación de la demanda de amparo ha de traer consigo la nulidad de los dos Autos impugnados, sin que resulte preciso acordar medidas adicionales para la restitución del derecho fundamental reconocido, en concreto la puesta en libertad del recurrente. Conforme se ha adelantado, el recurso de casación promovido contra la Sentencia de instancia dictada el 18 de mayo de 2017, resultó desestimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018 (recurso 1644-2017), lo que ha determinado la firmeza de aquella Sentencia de instancia, y la apertura de la ejecutoria de la medida de seguridad que imponía, ingresando el recurrente en la fecha antes indicada —8 de marzo de 2018— en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, donde se encuentra recibiendo el oportuno tratamiento farmacológico y participando de las actividades programadas en dicho centro.

En consecuencia, el recurrente continúa privado de libertad pero en virtud ya de un título distinto (sentencia firme de la Audiencia Provincial) del dimanante de los autos que ahora se declaran nulos; validez de aquel otro título que queda extramuros de este recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don J.M.C. y, en consecuencia:

1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española).

2º Restablecerle en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de 20 de junio de 2017 y 13 de julio de 2017, dictados ambos por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba (procedimiento sumario 1044-2016).

52.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN VIGÉSIMA, DE FECHA 8-11-2016

Se desestima recurso. No se puede imponer cautelarmente una medida de seguridad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14.09.16, se dictó en el procedimiento de referencia auto acordando la detención de Carmelo, imputado en la causa como presunto autor de un delito de amenazas graves contra su ex compañera sentimental, a la espera de que se recibiera documentado el informe

médico forense sobre su estado mental en orden a posibilitar el dictado de la sentencia de conformidad interesada por todas las partes, a la par que la adecuada protección de la víctima.

Al día siguiente, esto es, el 15.09.16, una vez realizada la conformidad se dictó nuevo auto acordando la libertad del mismo hasta su ingreso en la Unidad Psiquiátrica del Centro Penitenciario, al objeto de proceder al cumplimiento de la sentencia de conformidad dictada en esa fecha.

SEGUNDO.- Contra la resolución de 14.09.16, por la que se acordaba la detención del acusado, se interpuso por el Ministerio fiscal recurso de apelación, en cuya virtud fue remitido el procedimiento a esta Audiencia para su resolución.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales. Es Ponente la Magistrada que expresa el criterio unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por auto de fecha 14.09.16 se acordó la detención de Daniel Carmelo, acusado en la causa como presunto autor de un delito de amenazas graves contra su ex compañera sentimental, a la espera de que se recibiera documentado el informe médico forense sobre su estado mental en orden a posibilitar el dictado de la sentencia de conformidad interesada por todas las partes, a la par que la adecuada protección de la víctima. Contra la referida resolución se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de apelación, sobre el razonamiento de que el detenido debió ser ingresado en prisión provisional, a cumplir en pabellón psiquiátrico del centro penitenciario atendida la enfermedad mental que padece.

El recurso no puede ser atendido, toda vez que no cabe imponer cautelarmente una medida de seguridad como la pretendida por el hoy apelante, de modo que la prolongación de la detención acordada por el instructor fue adecuada en orden a garantizar la protección de la víctima y asegurar la presencia del imputado al día siguiente en el trámite de la conformidad que había quedado pendiente a la espera del informe forense sobre la salud mental de aquél.

Con apoyo en estas consideraciones, y al compartir este Tribunal tanto el contenido del auto apelado como la necesidad y proporcionalidad del mismo, procede desestimar el recurso de apelación formulado, y en consecuencia la confirmación íntegra de la resolución recurrida, al hallarse plenamente ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- A tenor de lo establecido en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio el pago de las costas procesales del presente recurso. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Desestimar el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 14.09.16, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Sabadell en las Diligencias Urgentes n.º 268/16, y en consecuencia, confirmar íntegramente la resolución impugnada, declarando de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta alzada.

53.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 28-06-2019

No es posible el mantenimiento cautelar de un internamiento, salvo que se acuda a la vía del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Valladolid en Procedimiento Abreviado, auto de fecha 17-6-2019 por el que se acordó desestimar la pretensión de libertad provisional de Víctor Manuel.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de Víctor Manuel, recurso de apelación, admitido a trámite, remitiéndose para su resolución a este Tribunal testimonio de los autos originales.

TERCERO.- Correspondió el conocimiento del recurso en virtud de turno de reparto a esta Sección Segunda, siendo designado Magistrado Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto fechado el 17-6-2019 del Juzgado Penal 4 de los de esta ciudad, a través del cual acordó denegar la libertad provisional pretendida por la representación de Víctor Manuel, se alzó su representación en apelación interesando la revocación de mencionada resolución, al objeto se acuerde su libertad provisional, con las medidas que se consideren oportunas.

El Fiscal interesó la confirmación del recurrido.

SEGUNDO.- En el marco de las Previas XX/18 del Juzgado de Instrucción 6 de los de esta ciudad, seguidas por un delito contra las personas ocurrido el 12-11-2018 en la localidad de Velilla, el hoy recurrente fue privado de libertad el 14-11-2018 por esa causa. Transformadas las actuaciones en procedimiento Abreviado y remitidas al Juzgado Penal 4 de los de esta ciudad, con fecha 7-6-2019 se emitió un auto, a través del cual acordó mantener la medida cautelar personal en su día acordada.

El 10-6-2019 emitió su sentencia 165/19, la cual absolvió al recurrente del delito de lesiones por el que era acusado, al aplicarle la eximente completa de trastorno mental, imponiéndosele consecuentemente la medida de seguridad de internamiento forzoso en Centro Psiquiátrico Penitenciario adecuado a su patología, al padecer una psicosis con ideas delirantes, durante un máximo de 3 años.

Recaída aludida sentencia, la representación del recurrente interesó la libertad provisional de su patrocinado a través de escrito fechado el 11-6-2019, por entender que no existía cobertura legal para el mantenimiento de aludida cautelar personal, después de haberse dictado frente a él sentencia absolutoria, al amparo del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 217/2015 (de 22-12).

Conferido el oportuno traslado, el Fiscal se opuso a la interesada pretensión de libertad.

A través de auto fechado el 17-6-2019 del Juzgado de procedencia, se acordó denegar la indicada solicitud de libertad del recurrente, hasta tanto aludida sentencia deviniera firme.

Por escrito fechado el 19-6-2019 del absuelto se recurrió en apelación precitado y último auto, reiterando su pretensión de libertad provisional respecto a su patrocinado y adoptando para ello las medidas oportunas, mientras careciera de firmeza la sentencia impuesta por el Juzgado de lo Penal. En el mismo escrito, Alegación Única y a su párrafo antepenúltimo, se ponía de manifiesto que se había interesado aclaración de aludida sentencia, también indicándose literalmente que "... desde ya anunciamos nuestra intención de recurrir la sentencia...".

Por el Fiscal se interesó la confirmación del recurrido.

TERCERO.- El recurso debe ser ESTIMADO.

Ya la Fiscalía General del Estado, en sus Memorias de 2001 y 2004, como desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2-11-2004, se ha venido llamando la atención acerca de la necesidad de introducir legalmente la medida cautelar de internamiento, en tanto y con la primera Memoria referida (Capítulo IV, 5), "... la adopción de una medida cautelar privativa de libertad, respecto a determinadas personas, se presenta como imprescindible en muchos casos...".

La situación desde entonces escasamente se ha modificado, pues la carencia de recursos civiles alternativos vino a empeorar el sistema surgiendo a partir de la reforma psiquiátrica emprendida en los años ochenta del pasado siglo, la cual puso fin al tradicional sistema asilar hasta entonces vigente, con lo cual y en la praxis siguen suscitándose cuestiones respecto a qué cauce legal se debe seguir en los casos de exención de responsabilidad criminal, en relación a personas aquejadas de una enfermedad mental y a las que se impone en sentencia una medida de seguridad de internamiento.

Un acercamiento paradigmático y práctico a una posible solución se presenta en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 217/15 (de 22-10), en cuyo FJ 2 resume la cuestión de fondo planteada, que mutatis mutandis coincide muy sustancialmente con la planteada en el presente recurso, "... la posible falta de cobertura legal de la prórroga de la prisión provisional, cuando ha recaído una sentencia definitiva que aprecia una

eximente completa, pero que impone una medida de seguridad de internamiento y dicha sentencia no ha alcanzado aún su firmeza por haber sido recurrida..." .

En el caso analizado por aludida Sentencia del Tribunal Constitucional, el Fiscal interesó la desestimación de la demanda de amparo esgrimiendo para ello una serie de preceptos, a través de los cuales consideró que existía suficiente cobertura legal para la prórroga de la prisión preventiva acordada, entre ellos los artículos 144, 381, 504 u 846 bis (todos) de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 137 del Código penal, como la "doctrina inconcusa", la práctica forense y la Disposición Transitoria Primera de la LO 1/15, argumentos todos que fueron sucesivamente desestimados en los Fundamentos Jurídicos de aludida Sentencia del Tribunal Constitucional.

Pues en ella se consideró que los preceptos invocados no cumplían en lo suficiente la "exigencia de habilitación legal" de una medida limitativa de derechos fundamentales, especialmente respecto al de la libertad personal (precitado FJ 2), desgranando en los siguientes Fundamentos Jurídicos las razones de la ausencia de cobertura legal para la adopción de esa cautelar, pero aportando en el párrafo penúltimo del FJ 4 una solución: el acudir a la vía abierta a partir de lo preceptuado en el artículo 763,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual regula la posibilidad de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Al hilo de la anterior se pronunció también la muy reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 84/18 (de 16-7), en la cual el demandante de amparo cuestionó la falta de cobertura legal de la medida de reclusión cautelar en unidad psiquiátrica del centro penitenciario, mientras se tramitaba su recurso de casación, volviéndose a incidir en esta resolución acerca de la necesidad de "habilitación legal" para ello y en la falta de base de los preceptos adjetivos examinadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional precedente del Pleno, como también del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del Reglamento Penitenciario (pues no tiene rango legal y en menor medida el exigible de ley orgánica, FJ 5, d>), incluso de la Ley Orgánica General Penitenciaria (FJ 5 e>).

Volviendo en esta Sentencia del Tribunal Constitucional (párrafos último y penúltimo de su FJ 5) a apuntar, que "... corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (artículo 66,2 de la Constitución Española), poner fin a este delicado vacío normativo,

regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico...". Mientras dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, prosigue esta Sentencia del Tribunal Constitucional literalmente y a salvo de lo ahora resaltado, "... no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven los recursos interpuestos contra dicha resolución, excepto si dicho internamiento se adopta por el Juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrá de serlo ... en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración Penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito...".

A partir de lo precedentemente puesto de manifiesto, llano resulta que la recurrida denegación de libertad del recurrente no cumple los parámetros legal y constitucionalmente exigibles para su mantenimiento, a raíz que ha recaído sentencia definitiva absolutoria por apreciación de la eximente de enajenación mental, con lo cual y hasta que recaiga sentencia firme en el presente procedimiento, respecto a la que es susceptible interponer recurso de apelación y casación, resulta factible, de conformidad con las Sentencia del Tribunal Constitucional precedentemente referidas, abrir la vía contenida en el artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, poniéndose en inmediato conocimiento del Fiscal la presente resolución a los efectos oportunos, como también del Director del Centro Penitenciario en que se encontrara el recurrente, a los efectos del internamiento psiquiátrico urgente del recurrente en centro de salud ordinario, habida cuenta el peligro para sí o para tercero que pudiera implicar la enfermedad que le aqueja, todo ello a la vista de la apreciación en sentencia de una eximente completa de trastorno mental, incluso conforme así se interesó específicamente en el "Suplico" del recurso. Cuanto antecede implica la REVOCACIÓN del recurrido.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales.

Vistos los preceptos citados, como los demás de general y pertinente aplicación al caso.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación instado por la representación de Víctor Manuel, frente al auto de 17-6-2019 del Juzga-

do Penal 4 de los de esta ciudad, por lo que debemos REVOCAR mencionada resolución y dictar la presente, a través de la cual y por las precedentes razones expuestas procede acordar su LIBERTAD PROVISIONAL, con la adopción en el caso de las medidas contenidas en el párrafo último del precedente Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución, sin imposición de costas.

SALIDAS

54.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE NÚMERO 268/2019, DE FECHA 20 DE MAYO DE 2019

Se desestima recurso contra auto no autorizando salida debido a la presencia de tensión psíquica que necesita mayor observación.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador en nombre de Apolonio, en el Expediente N° XX/2018 se interpuso Recurso de Apelación contra el auto dictado por el JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 2 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, CON SEDE EN ALICANTE, de fecha 31 de enero de 2019 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto de fecha 8 de enero de 2019.

El auto recurrido desestimaba la queja formulada por el interno por la denegación del permiso de salida.

SEGUNDO.- Conferido traslado del indicado recurso al Ministerio Fiscal, se opuso a su estimación, designándose los testimonios que tuvieron por conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación 000314/2019.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en apelación la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante, confirmando la denegación de un permiso de salida pernodiando fuera del establecimiento durante siete días propuesto por el Consejo de Dirección del Hospital Psiquiátrico Penitenciario respecto del interno Apolonio, alegando que la posible situación de tensión psíquica no es diagnóstico suficiente para la continuación del programa individual que comportaba la salida terapéutica, teniendo en cuenta el buen resultado de salidas anteriores.

No es necesario reiterar los preceptos legales y reglamentarios que ya aparecen correctamente recogidos en las resoluciones impugnadas del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En este trámite de apelación nos corresponde, esencialmente, valorar si la resolución recurrida del juzgado de vigilancia penitenciaria ha efectuado esa aplicación no arbitraria de la norma, ponderando de manera adecuada los intereses en juego y explicitando las razones de su decisión, teniendo en cuenta la afectación del valor libertad que toda decisión sobre concesión de permisos penitenciarios comporta.

SEGUNDO.- En la cuidadosa y reforzada ponderación de intereses exigida por la jurisprudencia constitucional al estar en juego el derecho fundamental a la libertad, cuando se trata de medidas de seguridad tiene necesariamente que preponderar el criterio médico tal y como se desprende del artículo 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria así como los arts. 183 y siguiente del Reglamento que desarrollan los fines de los establecimientos psiquiátricos penitenciarios.

En el caso analizado, pese a las numerosas salidas terapéuticas del interno, su actual situación médica reflejada en el informe médico forense, unida al tipo de permiso interesado e institución donde tendría lugar, desaconseja su concesión. Así lo ha expuesto de forma motivada la resolución impugnada, sin que los argumentos del recurso introduzcan nuevos criterios que permitan sostener el error o la arbitrariedad de la decisión judicial. Esa tensión psíquica contenida precisa una mayor observación de su evolución antes de poder acceder a un permiso como el solicitado. El buen desarrollo de anteriores salidas terapéuticas no es justificación suficiente para el acceso a un prolongado permiso atendida la situación médica detectada.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas ex art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. J.G.A., Magistrado de esta Sección Décima.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE: DESESTIMAR el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador en nombre de Apolonio contra el auto de fecha 31 de enero de 2019 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto de fecha 8 de enero de 2019 dictado por el JUZGADO DE VIGILAN-

CIA PENITENCIARIA N.º 2 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, CON SEDE EN ALICANTE, en el Expediente N.º XX/2018, CONFIRMANDO dicha resolución y declarando de oficio las costas de esta alzada.

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

55.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 16-11-2010

Ante el quebrantamiento de la medida de seguridad del internamiento en Proyecto Hombre, se ordena su traslado a centro psiquiátrico penitenciario.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao se dictó con fecha 5 de noviembre de 2.009 Auto cuya parte dispositiva dice: "Se acuerda el traslado de Olga del Centro Penitenciario de Aranjuez (Madrid) al Centro Psiquiátrico Penitenciario de Foncalent (Valencia).

Solicítese de los servicios médicos se valore la procedencia del cumplimiento de la medida de seguridad impuesta al penado en el citado Centro Psiquiátrico Penitenciario de Foncalent o caso contrario se indique a este juzgado qué centro podría ser el adecuado para el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad que cuente con medias de contención suficientes para evitar nuevas evasiones."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por la representación de Olga y desestimado el recurso de reforma por Auto de 23 de julio de 2010 se admitió a trámite el recurso de apelación subsidiario remitiéndose pieza separada de recurso de apelación a esta Audiencia, donde se formó el rollo y se siguió el recurso por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interesa la parte recurrente la revocación del auto impugnado, porque vulnera el artículo 100 del Código Penal, conforme al cual el quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro en que corresponda a su estado.

Y también vulnera el artículo 25 de la Constitución en cuanto regula la orientación de penas y medidas de seguridad a la reeducación y reinserción social.

El auto recurrido ordena el traslado del penado al Centro Psiquiátrico Penitenciario de Foncalent, ya que el mismo quebrantó la medida de seguridad de internamiento para deshabitación en el Centro Proyecto Hombre.

Sin embargo, entiende el recurrente que la resolución desnaturaliza la condena y la cambia de modo perjudicial.

Hay que tomar en cuenta el informe de Proyecto Hombre de 7-7-2010 informando de que estarían dispuesto a iniciar un trabajo con Olga si fuera trasladada al País Vasco. Y el informe del Centro Penitenciario de Aranjuez, de 29-6-2010, que valora la conveniencia del traslado al Centro Penitenciario de Basauri.

Por otro lado, el auto rechaza la posibilidad de cumplimiento de la medida en Proyecto Hombre o en Centros similares como Etorkintza. En todo caso, la recurrente las considera alternativas posibles a la situación actual, en que se ha desnaturalizado la condena impuesta.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Considera el Tribunal que el traslado al Centro Penitenciario de Basauri, del que da noticia la recurrente en su escrito, ha dejado prácticamente sin contenido el recurso interpuesto, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Se trata de la condena a Olga, como autora de cuatro delitos de robo con violencia en las personas con uso de instrumentos peligroso, de otros cuatro delitos de robo con violencia y de un delito de hurto, con aplicación de una eximente incompleta por toxicomanía, a cumplir por una máximo de 9 años en un Centro de Deshabitación (Proyecto Hombre).

Cuando se va a ejecutar la medida de seguridad, el interesado no comparece, sino que se evade haciéndose preciso un expediente de extradición para traerlo a España desde Suiza, en donde es detenido.

Estos datos enmarcan el sentido de la ejecución presente. Elevada peligrosidad del penado y voluntad de evadirse de la acción de la justicia, y en sentido negativo, falta de voluntad de someterse a tratamiento o medida alguna.

El Juzgado de lo Penal está tratando de ejecutar la condena impuesta. Es preciso evaluar en la ejecución la peligrosidad de Olga, manifestada en numerosos delitos violentos, y la posibilidad de retomar con garantías la ejecución de la medida de seguridad. Sin olvidar que es el penado, con su actitud, el que ha contribuido decisivamente crear la situación de la que ahora se queja.

Por las manifestaciones del recurrente en su escrito, en la actualidad se encuentra en Basauri. Como consta en autos y recoge el propio auto, Proyecto Hombre está dispuesto a retomar el contacto a fin de evaluar la ejecución de la medida de seguridad en un Centro dependiente de esa organización.

Corresponde entonces avanzar en esa línea; porque no cabe duda de que lo más deseable es que se pueda llevar a cabo adecuadamente la medida de seguridad en Centro de deshabitación. Pero esto no deja de depender, en gran parte, del propio penado.

Dadas las circunstancias un tanto peculiares de este recurso, en el que se acoge en parte la tesis de la recurrente, pero matizadamente con los datos y argumentos que aporta el auto impugnado, no procede la consideración como estimado del recurso, aunque no se hará expresa declaración sobre las costas del mismo.

Vistos los artículos citados

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador en representación de Olga contra auto del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao, de fecha 23-07-2010, y en su virtud, CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN, sin hacer expresa declaración de las costas del recurso.

56.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALGECIRAS DE FECHA 03-02-2017

Incumplimiento grave de obligación contenida en libertad vigilada. Se deduce testimonio por delito de quebrantamiento.

HECHOS

PRIMERO: El presente expediente se incoó en virtud de la remisión por parte del Centro Penitenciario de informe sobre aplicación de la medida no privativa de libertad de libertad del penado, el interno.

SEGUNDO: Mediante auto de 16 de diciembre de 2016, la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 6ª), aprobó la propuesta elevada por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sobre medidas en la libertad vigilada del penado, que son:

- 1.- Comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- 2.- Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- 3.- Prohibición de comunicarse con la victimo, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez a Tribunal.
- 4.- Obligación de participar en programas de educación sexual.

TERCERO: El 23 de enero de 2017 el Director del Centro Penitenciario de Ceuta remite informe de incidencias en relación a la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, dándose traslado al Ministerio Fiscal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 97 del Código Penal establece que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, de las medidas de seguridad privativas de libertad y medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad. De otra parte el artículo 106 del Código Penal determina que por el procedi-

miento previsto en el artículo 98 del, Juez o Tribunal podrá: a) modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas, b) reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma y e) dejar sin efecto la medida. Y el párrafo 4 dispone que "En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indiciado en los números anteriores, podrá modificar la obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuesta, el Juez deducirá, además testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código"

A la vista de lo informado por el Ministerio Fiscal y de lo documentado en autos, resulta la falta de voluntad, manifestada de forma expresa y clara, del penado al cumplimiento de las obligaciones fijadas, en la medida de libertad vigilada, en concreto a la obligación de "participar en programas de educación sexual". El penado fue condenado por un delito de agresión sexual, con expresa conformidad en los hechos y pena, y por tanto de forma inicial, aceptó la medida tratamental de participación en programas de educación sexual. Durante el cumplimiento de la pena de prisión, que cumplió durante dos años y seis meses, en el Centro Penitenciario de Algeciras, no realizó el programa de tratamiento específico de control de agresividad sexual indicado conforme a su PIT, y tras la excarcelación e iniciación de la libertad vigilada pos-penitenciaria, el penado, acude únicamente a la primera sesión del programa de intervención, negándose a su continuidad.

Por tanto considero que debe apreciarse incumplimiento grave de la obligación antes citada integrada en libertad vigilada del penado con deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena,

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda proponer a la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz el mantenimiento de las medidas de seguridad impuestas al penado, y la declaración de incumplimiento grave de la obligación de seguimiento del programa de educación sexual con remisión del testimonio deducido de los autos que se acompañará con la presente resolución a los Juzgados de Ins-

trucción de Ceuta por un presunto delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal.

57.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA, SECCIÓN PRIMERA, DE FECHA 28-05-2018

El incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada no constituye necesariamente un delito de quebrantamiento salvo que se aprecie reiteración gravosa.

HECHOS

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Ferrol tramita Procedimiento Abreviado, y seguido su curso legal, con fecha 26 de octubre de 2017 se dictó Auto de transformación a Procedimiento Abreviado, resolución que una vez notificada a las partes, fue recurrida en tiempo y forma por Enriqueta; admitida a trámite la apelación y dados los traslados oportunos se acordó seguidamente elevar las actuaciones a la Audiencia Provincial, a los efectos procedentes.

SEGUNDO.- Recibido lo actuado en la Oficina de Registro y Reparto de la Audiencia, por turno le correspondió a esta Sección, con el número de rollo 246/18, y pasaron las actuaciones para votación y fallo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recuerda el Tribunal Supremo (vid. Sentencia del Tribunal Supremo 11-11-2014) que, aunque muy similares, no son idénticos los contenidos eventuales de una libertad vigilada y de las condiciones previstas como reglas de conducta en el artículo 83, como tampoco lo son las consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de unos y otros (artículos 84 y 106.4 del Código Penal). En concreto, y si hablamos de la medida implementada en el auto de 13-11-2014, no cabe duda de que cualquier posible incumplimiento no determina sic et simpliciter la formación de causa penal en el marco del artículo 468; ello sólo ocurrirá si el Juzgado de lo Penal n.º 2 valora reiteración o gravedad que revelen la voluntad de

Enriqueta de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, regla de juicio alternativa a la justificativa de la modificación por el mismo procedimiento indicado en el artículo 106.

Dado que el control y la competencia judicial al respecto están reservados en exclusiva al Juez o Tribunal sentenciador, no tiene sentido operar al margen de la previsión legal específica en la materia y, por la vía de nuevas Diligencias, saltar la decisión de mantenimiento, reforma o deducción de testimonio que corresponde a quien tramita la Ejecutoria XX/14, para someter la cuestión al criterio del Juzgado de Instrucción, primero, y al mismo u otro Juzgado de lo Penal, después, pero solo para establecer si concurren o no los presupuestos del tipo de quebrantamiento y no el seguimiento y ejecución de la libertad vigilada.

Por eso, tiene razón el Fiscal cuando advierte en el dictamen de 17-1-2018 que lo procedente era decretar el sobreseimiento provisional y remitir el objeto procesal a la resolución del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Ferrol a los fines indicados. Consiguientemente, solicitado el sobreseimiento en el escrito de la defensa del 17-11-2017, lo pertinente es atenerse a las pautas normativas y dejar sin efecto el auto de 26-10-2017 con las derivadas que sugirió el Ministerio Fiscal al impugnar formalmente la apelación.

SEGUNDO.- La estimación parcial del recurso releva de cualquier declaración sancionadora en sede de costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

LA SALA ACUERDA

Estimar en parte el recurso de apelación formulado contra el auto de 26-10-2017, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Ferrol en Diligencias Previas, revocar tal resolución, acordar el sobreseimiento provisional del procedimiento y remitir testimonio del mismo al Juzgado de lo Penal n.º 2 de Ferrol para que, en la Ejecutoria establezca si Enriqueta cumplió o no la libertad vigilada impuesta, en su caso si el incumplimiento fue o no grave y si procede o no la deducción de testimonio por delito de quebrantamiento, supuesto éste último que determinaría la reapertura de estas Diligencias Previas en el estado del artículo 779.1.4.ª Ley de Enjuiciamiento Criminal.

58.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SECCIÓN PRIMERA, DE FECHA 01-06-2018

En el caso de libertad vigilada impuesta a menor, si la quebrantara cuando haya alcanzado la mayoría de edad, dicho quebrantamiento será enjuiciado por la jurisdicción ordinaria.

HECHOS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 1 de junio de 2018.

Vistos en grado de apelación con el nº de Rollo XX/18, ante esta Audiencia Provincial, Sección Primera, los autos de Procedimiento Abreviado n.º 159/2016, procedentes del Juzgado de lo Penal núm. 2, por un delito de quebrantamiento de condena, contra D. Luis Ángel; siendo parte el Ministerio Fiscal y pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado referido contra la sentencia dictada por el Juzgado con fecha 15/12/2017, habiendo sido designado ponente el magistrado de esta Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En dicha sentencia se dicta el siguiente fallo: "Que CONDENO al acusado D. Luis Ángel como autor criminalmente responsable de un DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 18 MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Se imponen al condenado las costas de este procedimiento.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará al condenado el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y resto de partes personadas, haciéndole."

SEGUNDO: Contra la mencionada sentencia de fecha 6/2/2018 se interpuso recurso de apelación por la defensa del acusado Luis Ángel con las alegaciones que consta en el escrito de formalización, que fue admitido en

ambos efectos, y del mismo se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose el Ministerio Fiscal a la estimación del recurso.

TERCERO: Remitidos los autos a esta Audiencia, y no estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los mismos pendientes para sentencia.

CUARTO: Se aceptan íntegramente los hechos probados de la sentencia recurrida, que son los siguientes: "Que el acusado Luis Ángel firmó en el año 2011 el contrato-compromiso comprendido en su programa individualizado de ejecución de la medida de libertad vigilada del 12 meses que se le impuso por sentencia firme de Juzgado de Menores n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria, cuyo cumplimiento debía iniciarse el 16 de julio de 2011 y finalizar el 09 de julio de 2012, y durante la ejecución de la medida, del 04 de enero de 2012 al 06 de marzo de 2012, en Fuerteventura, incumplió sus deberes de asistir a las entrevistas programadas con su técnico de seguimiento y/o responsable de su medida judicial, realizar las gestiones encomendadas para el buen cumplimiento de su medida y mantenerse activo laboral o formativamente, pautas socioeducativas obligatorias comprendidas en la medida impuesta al acusado, que se comprometió a cumplir y que es preciso observar para el cumplimiento de la medida, incumpliendo así conscientemente la medida de libertad vigilada impuesta por sentencia firme de Juzgado de Menores n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La pretensión impugnatoria respectivamente actuada por la defensa del acusado Luis Ángel contra la sentencia condenatoria de fecha 15/12/2017 se basa en los siguientes motivos, que son:

En primer lugar, en el motivo de vulneración del principio de tipicidad penal por indebida aplicación del artículo 468-1 del Código penal, alegando que el supuesto incumplimiento por el acusado, siendo ya mayor de edad, de la medida de libertad vigilada impuesta al mismo conforme a la Ley Penal del Menor no es subsumible en el tipo penal de quebrantamiento del mencionado artículo 468-1 del Código penal, citando en apoyo de su tesis la doctrina jurisprudencial establecida por las siguientes resoluciones: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 4ª, de fecha 26/1/2007; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección

2ª, de fecha 22/1/2008; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de fechas 27/7/2009 y 4/10/2010.

En segundo lugar, en los motivos de error en la valoración de la prueba e infracción del principio de presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo", alegando en síntesis la parte recurrente que no hay verdadera prueba de cargo contra el acusado que desvirtúe los principios invocados, discrepando en definitiva de la apreciación probatoria de la juzgadora de instancia.

En tercer lugar, en el motivo de inaplicación indebida de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21-6ª del Código penal, sea como atenuante simple o muy cualificada.

Y, en cuarto lugar y en relación con el motivo anterior, en la vulneración del artículo 66-1 y 2 del Código penal.

Por todo ello, solicita la revocación de la sentencia condenatoria recurrida y la absolución del apelante; o, subsidiariamente se aplique la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y se imponga una pena de entre 3 y 6 meses de multa; o, subsidiariamente se aplique la atenuante de dilaciones indebidas como simple y se imponga una pena de 12 meses de multa.

SEGUNDO: Así planteados los términos del debate y pasando a examinar el motivo de apelación fundado en la atipicidad de los hechos que se imputa al condenado, considera la Sala que el quebrantamiento por el mismo siendo ya mayor de edad de la medida de libertad vigilada impuesta por sentencia firme del juzgado de menores es subsumible en el tipo de quebrantamiento de condena del artículo 468-1º del Código penal, siguiendo al efecto el criterio de la doctrina jurisprudencial citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, de fecha 21/11/2012, que así lo reconoce.

En este sentido, asumimos la tesis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2ª, de fecha 27/3/2009, cuando establece que "en tanto que por mucho que el tipo penal donde se describe la acción típica no prevea especial y expresamente el incumplimiento de las medidas de seguridad impuestas conforme a la ley penal del menor lo cierto es que la literalidad del precepto comprende a los que "quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia", de

modo que la fuga de los inculpados ya siendo mayores, declarada probada y no discutida del centro donde cumplían una medida de internamiento en régimen semiabierto tiene su encaje en la modalidad prevista de quebrantar la condena, entendida la expresión "condena" como la consecuencia jurídica establecida o impuesta a una persona por el juzgado o tribunal competente como consecuencia de una declaración de responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo.

Respecto de la polémica sobre la naturaleza penal de la medida de internamiento quebrantada por los condenados es parecer de esta Sala, compartido por otras muchas sentencias de otras Audiencias Provinciales –Sentencia de fecha 8/6/2005 de la Sec 5ª de Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 28/4/03 de la Sec 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, S de fecha 31/5/2004 de la Sec 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid– que la medida impuesta por el juzgado de menores tiene ese carácter de condena penal y en consecuencia su incumplimiento si forma parte del tipo previsto en el artículo 468 del Código penal porque como señala la S de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears de fecha 18/4/2006, en un supuesto análogo al que aquí estamos enjuiciando, parece necesario precisar que, si bien es cierto que la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se pronuncia reiteradamente en relación con la finalidad "preventivo-especial" de las medidas establecidas en el artículo 7, no lo es menos que la misma Exposición, hasta en seis ocasiones, hace referencia expresa a las connotaciones sancionadoras de dicha ley, y así se dice que se establece "un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa", (I. 2. párrafo primero); que "la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido consecuentemente guiada", entre otros, por el principio de "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad" (II.6); que "la presente Ley Orgánica tiene ciertamente naturaleza de disposición sancionadora" (II.7); que "se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción ..." (II.9, párrafo primero); que "se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal" (II.10), y que, "con arreglo a las orientaciones expuestas, la Ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa (II.11), precisiones todas ellas que permi-

ten concluir que la finalidad de las medidas previstas en la indicada Ley también es sancionadora.

Por otra parte, ha de convenirse en que tampoco puede negarse la naturaleza sancionadora de las medidas previstas en la repetida Ley, y ello porque, aun cuando, en trance de valorar la finalidad de las mismas, haya de admitirse (con los matices expuestos en el párrafo precedente) que existe una diferencia entre uno de los fines que se persigue al imponer una determinada pena o medida de seguridad a un mayor de edad y el que se persigue al imponer una medida a un menor, ha de tenerse en cuenta que tal diferencia no existe cuando se trata de valorar la naturaleza de determinadas penas y medidas de seguridad previstas en el Código Penal y la de algunas de las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000 .

Y así, y con independencia de la finalidad perseguida, ninguna diferencia, en lo que atañe a su naturaleza, puede establecerse, por ejemplo, entre las privaciones establecidas en el artículo 7.1, m) de la Ley 5/2000 y las previstas en el artículo 33.2 e) y f), 3 d) y e), y 4 a) y b) del Código penal o entre las prestaciones en beneficio de la comunidad establecidas en el artículo 7.1 j) de la citada Ley y las previstas en el artículo 33.3 j) y 4 e) del referido Código; o entre la prohibición de acudir a determinados lugares establecida en el artículo 7.1 h) 3ª de la referida Ley y algunas de las prohibiciones que al respecto establece el artículo 33.2 g), 3 f) y 4 b) bis del indicado Código; o entre la inhabilitación absoluta establecida en el artículo 7.1 de la reiterada Ley Orgánica y la prevista en el artículo 33.2 b) de dicho Código; o entre sometimiento a la medida de realización de "actividades (...) educativas, formativas o laborales" establecido en el artículo 7.1 f) de la citada Ley y el "sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo o profesional" previsto en el artículo 105.1 f) del Código penal, previsiones legales que, más allá de la diferencia terminológica empleada por el legislador en Derecho penal del menor y en el de adultos, no es óbice a juicio de esta Sala para reconocer, desde la compartida naturaleza sancionadora de ambos Derechos, que el término medida, en cuanto responsabilidad penal impuesta judicialmente por la comisión de un hechos delictivo, debe equipararse a estos efectos al de condena.

La Sala discrepa de la opinión de los recurrentes de que el mayor y el menor de edad que quebranten la medida sancionadora impuesta estén sometidos al mismo régimen del artículo 50 apartados 1 y 2 de la Ley Penal del Menor y de la "rehabilitación de la minoría de edad" y ello porque la

dicción de dicho precepto hace referencia expresa al quebrantamiento de la medida por el que todavía es menor y abre la vía de la incoación de un nuevo expediente por si el hecho (quebrantamiento de la medida, dice el artículo 50 en su punto 3) fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la Ley, no existiendo razón alguna para concluir que el que quebrante la medida siendo ya mayor de edad haya de ser rehabilitado en la menor edad y aplicársele la Ley Orgánica 5/2000 y no el Código penal, que es el cuerpo jurídico de aplicación a los mayores de edad que cometen algunas de las conductas previstas en el mismo, conclusión que, de admitirse, conduciría, a la ilógica solución de considerar que, mientras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.3 de la indicada Ley, el quebrantamiento de la medida por quien todavía es menor de edad puede ser merecedor de reproche penal, el quebrantamiento de la medida por quién ya es mayor no merecería reproche penal alguno y sería impune, lo que obviamente no puede ser la voluntad del legislador.

Sin que la omisión de cualquier referencia al mayor de edad en el referido art 50 de la Ley 5/2000, que regula expresamente el quebrantamiento de la ejecución de la medida impuesta al menor por el juzgado de menores al amparo de la propia ley penal del menor tenga significación o incidencia sobre la tipicidad de ese quebrantamiento cumplida ya la mayoría de edad por la sencilla pero capital razón que dicha ley se limita a regular la responsabilidad penal de los menores de edad penal y no la de los mayores, que se rigen por el derecho penal general, compuesto por el Código Penal y las Leyes Especiales, por lo que, con independencia de la buena o mala fortuna de la redacción del precepto que nos ocupa, que sobre esto doctores tiene la iglesia y es una discusión ajena a lo que aquí importa, entendemos que la laguna legal en cuestión a la que interesadamente se aferran las defensas, no es propiamente tal si tenemos en cuenta cual es el objeto y finalidad de la norma, de manera que no hay que sacar otra conclusión del silencio legal al respecto que, precisamente la contraria, de su remisión a la normativa general de los mayores de edad, en el bien entendido que las referencias que puntualmente se efectúan en la misma a los mayores lo son en su beneficio y de acuerdo a la finalidad tuitiva que, por su edad, preside la legislación penal de los menores, sin que quepa extender esas ventajas o privilegios, cuando ya son mayores, a otros ámbitos de los especialmente señalados.

Y, a mayor abundamiento hay señalar que el artículo 15 de la repetida Ley Orgánica 5/2000 no puede impedir la aplicación del expresado Código Penal a hechos ocurridos cuando el autor de los mismos es ya mayor de edad.

En definitiva, que aunque el artículo 468 C P no incluya de manera específica dentro del tipo penal el incumplimiento de las medidas sancionadoras impuestas a los menores en un proceso penal esa indefinición legal no reviste la consecuencia de su atipicidad en tanto es integrada por el aplicador jurídico sin suponer una interpretación extensiva contra reo, sino racional y lógica, acudiendo al bien jurídico protegido por el delito que es la administración de justicia y, en concreto, la eficacia de determinadas resoluciones judiciales garantizando su ejecución siempre que, como es el caso, las mismas hayan sido acordadas en un proceso criminal y tengan una naturaleza penal".

Y, en la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, de fecha 22/11/2011 sostiene que "Dicho relato fáctico no se cuestiona en esta alzada por ninguna de las partes, centrándose la controversia en si los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal, o, por el contrario, no son subsumibles en dicho precepto, por impedirlo el artículo 50.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, postura ésta mantenida por la Juez "a quo" y asumida por la defensa del acusado.

En la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se parte de la consideración de que las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000 tienen naturaleza sancionadora para terminar haciendo referencia a los supuestos contemplados en el artículo 50 de la expresada ley y concluir que el apartado 3º de dicho artículo no autoriza la deducción de testimonio al Juzgado de Instrucción, existiendo una laguna legal en los supuestos en los que el sujeto que quebranta la medida ya ha adquirido la mayoría de edad.

Discrepamos de las conclusiones alcanzadas por la juzgadora de instancia, y entendemos que los hechos declarados probados en la sentencia apelada, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal, son constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el artículo 468.1º, último inciso, del Código Penal.

El artículo 50 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores contempla dos supuestos de quebrantamiento, en atención a la naturaleza de la medida quebrantada, de forma tal que tratándose de medidas privativas de libertad el apartado 1º establece como consecuencia el reingreso del menor en el mismo centro del que se hubiere evadido o en otro adecuado a sus condiciones o el cumplimiento ininterrumpido de la medida de permanencia de fin semana, en domicilio; en tanto que tratándose de medidas no privativas de libertad el apartado 2º contempla la sustitución de la medida por otra de la misma naturaleza y, excepcionalmente, por la de internamiento en centro semiabierto.

Por su parte, el apartado 3º dispone lo siguiente: "Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador".

Pues bien, interpretar el apartado 3º del artículo 50 en el sentido de que la remisión de testimonio ha de efectuarse al Ministerio Fiscal o al Juzgado de Instrucción, en función de que el sujeto que haya quebrantado la medida sea menor o mayor de edad, no constituye una interpretación "in malam partem", como sostiene la Juez de lo Penal, sino una interpretación lógica, amparada por los criterios de interpretación contemplados por el artículo 3 del Código Civil, en concreto, el sistemático.

En efecto, la interpretación literal de dicho apartado implicaría que las previsiones normativas contempladas en todos los apartados del artículo 50 de la Ley Orgánica 5/2010 únicamente serían aplicables a los quebrantamientos de medidas verificados por menores de edad y que no existiese consecuencia jurídica alguna para los quebrantamientos perpetrados por mayores de edad que estuviesen cumpliendo medidas impuestas de acuerdo con dicha Ley, pues, habría de seguirse el mismo criterio de interpretación literal y concluir que, al referirse los dos primeros apartados únicamente a los menores, quedan excluido del ámbito de aplicación del precepto los quebrantamientos efectuados por mayores de edad.

Por otra parte, no podemos obviar que la deducción de testimonio es imperativa, lo que supone, de forma similar a lo que sucede en el Derecho

Penal de adultos, que, de un lado, se ha de proceder al cumplimiento de la medida quebrantada (ya sea cumpliendo la misma medida en la forma inicial, bien de manera ininterrumpida, bien cumpliendo otra medida por la que aquélla sea sustituida) y, de otro, se han de depurar las responsabilidades penales en que se pudiese haber incurrido por el quebrantamiento.

Finalmente, hemos de tener en cuenta que, aunque no existiese previsión normativa alguna respecto de la deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida ello no sería obstáculo alguno para su persecución, habida cuenta de que se trata de un delito público y, en cuanto tal, perseguible de oficio."

Luego, por las razones dichas, el incumplimiento de la medida de libertad vigilada impuesta por el juzgado de menores por parte del expedientado mayor de edad es penalmente típica, por lo que el recurso debe decaer.

TERCERO: Y, sentada la tipicidad penal de la conducta imputada al acusado hay que tener en cuenta que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación –como en el presente caso– es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" en uso de las facultades que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que los acusados sean sometidos a un proceso público con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran (acusados y testigos) en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de estos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia.

De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en el artículo 741 citado) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, únicamente

debe ser rectificado, bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin en el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, a fin de acoger el error en la apreciación de las pruebas, que exista en la narración descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia, que haya existido en la prueba un error de significación suficiente para modificar el sentido del fallo.

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª de fecha 16/1/2016: "el recurso de apelación constituye el mecanismo que posibilita un nuevo examen de la causa y el control del Tribunal ad quem sobre la determinación de los hechos probados y sobre la aplicación del derecho objetivo efectuadas en la primera instancia, manteniendo la Jurisprudencia que cuando la cuestión debatida en apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia en uso de las facultades que le confiere nuestro Ordenamiento Jurídico (artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 117.3 de la Constitución Española), y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete conducen a que, por lo general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez a cuya presencia se practicaron, porque es dicho Juzgador a quo quien goza del privilegio de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente las pruebas ya sean las de la instrucción, las anticipadas, las preconstituídas, o las del artículo 730 de la Ley Procesal Penal, de lo que carece el Tribunal de apelación el cual, obligado a revisar la prueba en segunda instancia, debe respetar –en principio–, el uso que se haya hecho en la instancia de la facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas siempre y cuando tal proceso valorativo se haya motivado y razonado adecuadamente en la sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 17/12/85; 23/6/86; 13/5/87; 2/7/90 entre otras).

Consecuentemente con lo manifestado es que sólo cabe revisar la apreciación probatoria hecha por el Juez de instancia en los siguientes casos:

a) cuando aquélla apreciación no dependa sustancialmente de la percepción directa o intermediación que el Juez tuvo con exclusividad, es decir, cuando no dependa de la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídos solamente por el Juzgador;

b) cuando con carácter previo al proceso valorativo no exista prueba objetiva de cargo válidamente practicada, en cuyo caso se vulnera el principio de presunción de inocencia;

c) cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de instancia de tal magnitud –razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario–, que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia (Sentencia del Tribunal Supremo 29/12/93 y Sentencia del Tribunal Constitucional 1/3/93). Labor de rectificación esta última que además, como ya indicamos, será más difícil cuanto más dependa la valoración probatoria a examinar de la percepción directa que se tiene en la instancia, pero no imposible cuando las pruebas valoradas se hayan practicado sin observancia de los principios constitucionales o de legalidad ordinaria. Es por ello por lo que si la prueba ha respetado los principios de constitucionalidad y legalidad ordinaria y su interpretación no llega a conclusiones notoriamente ilógicas o incongruentes por contrarias a las evidencias de su resultado, el Tribunal ad quem no debe alterar las apreciaciones llevadas a cabo por el Juzgador a quo en la valoración de la misma pues una cosa es el derecho a la presunción de inocencia y otra distinta el derecho al acierto del Juez cuando interpreta la norma y valora la prueba.

Respecto del visionado de la grabación del juicio oral, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 2009 el mismo no puede sustituir a la intermediación que supone el examen personal y directo de las personas que declaran, lo que implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, ya que la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones".

Y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, de fecha 16/1/2018 nos recuerda que: "En relación al error valorativo, debe partirse de que las exigencias de intermediación y contradicción en la práctica

de las pruebas abocadas a corroborar la proposición de hechos ofrecida por cada una de las partes procesales conllevan que el control del juicio de hecho en el segundo grado jurisdiccional se centre en deslindar si los criterios empleados por el juzgador de instancia son conciliables con las exigencias de motivación racional contenidas en los artículos 9.3 y 120.3 de la Constitución Española; es decir, en controlar la estructura racional del juicio de hecho de la sentencia apelada. Así, únicamente cabe apreciar un error en la apreciación de la prueba cuando las conclusiones fácticas obtenidas por el juzgador de instancia no son conciliables con los principios de la lógica, se apartan de las máximas de experiencia o no tienen apoyo en conocimientos científicos (Sentencia del Tribunal Supremo nº 271/2012, de 9-4). De este modo, en el segundo grado jurisdiccional no procede un discurso tendente a convencer al operador judicial de la suficiencia de las pruebas practicadas para corroborar la propuesta de hechos que se ofrece en el recurso de apelación sino que la argumentación debería ir dirigida a cuestionar la racionalidad del juicio de hecho confeccionado por el juzgador de instancia.

Esta construcción jurídica ha sido seguida por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que el tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración, legalmente inadmisibile, de una actividad probatoria que no ha percibido directamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 y 2047/2002, de 10-12), no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas en el primer grado jurisdiccional (testificales, periciales o declaraciones de acusados), vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el rendimiento de cada medio de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Juez de instancia, siendo ajenas al debate en el segundo grado jurisdiccional las cuestiones atinentes a la credibilidad de los testimonios evacuados ante el juez de instancia, dado que el juicio de credibilidad depende de la percepción sensorial directa del contenido de las declaraciones (Sentencia del Tribunal Supremo nº 398/2012, de 4-4; 271/2012, de 9-4, etc.).

Y aun cuando la construcción del recurso de apelación penal, como una oportunidad de revisión plena, sitúa al órgano judicial revisor en la misma posición en que se encontró el que decidió en primera instancia el valor del material probatorio disponible para la fijación de los hechos que se declaran probados y para el tratamiento jurídico del caso, sin embargo, cuando la prueba tiene carácter personal, como ocurre en el caso de los testigos y

acusados, importa mucho, para una correcta ponderación de su persuasividad, conocer la íntegra literalidad de lo manifestado y, además, percibir directamente el modo en que se expresa, puesto que el denominado lenguaje no verbal forma parte muy importante del mensaje comunicativo y es un factor especialmente relevante a tener en cuenta al formular el juicio de fiabilidad.

El juzgador en primera instancia dispone de esos conocimientos de manera directa, en tanto que el órgano competente para resolver el recurso de apelación sólo conoce del resultado de la prueba practicada, en este caso con la ayuda de la grabación del juicio en formato DVD. Por ello, un elemental principio de prudencia (la pauta de la sana crítica aplicada al control de la valoración de la prueba en la segunda instancia) aconseja no apartarse del criterio del juzgador de primera instancia, salvo cuando el error de valoración sea patente.

En este sentido es preciso recordar que, como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo 251/2004, de 26 de febrero, la inmediación, aun cuando no garantice el acierto, ni sea por sí misma suficiente para distinguir la versión correcta de la que no lo es, es presupuesto de la valoración de las pruebas personales, de forma que la decisión del tribunal de instancia, en cuanto a la credibilidad de quien declaró ante él, no puede ser sustituida por la de otro Tribunal que no la haya presenciado, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta adecuadamente en su momento, que puedan poner de relieve una valoración manifiestamente errónea que deba ser recogida."

En este punto, es oportuno traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a de fecha 16/1/2015, que pone de manifiesto que "Ninguna prueba presenta el apelante que acredite la falsedad de los indicios o su ilógica valoración. Es cierto que el acusado no viene obligado a probar su inocencia, que en todo caso se presume, al amparo de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional, pero no es menos cierto que vendrá obligado a soportar las consecuencias derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas cuando, como ocurre en el presente caso, suficiente prueba de cargo existe en su contra. Existiendo suficiente prueba de cargo, se produce una mutación o traslación de la carga de la prueba, correspondiendo a la parte acusado acreditar los hechos impositivos, obstativos o extintivos de los hechos imputados y de su participación en ellos. En palabras de la sentencia de la Audiencia Pro-

vincial de Gerona de 3 de Septiembre de 2004 "debe recordarse que como establece el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Auto de 6 de mayo de 2002, "la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas. Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impositivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el "onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de febrero de 1995). En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones, en virtud de los principios procesales "onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat" y "afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sus probanda", y menos aún en el caso que no ocupa en el que se trataba nada más y nada menos que de la exclusión del elemento subjetivo del tipo penal aplicado", siendo evidente que no ha cumplido con todo ello..."

Y, con referencia a la presunción de inocencia, ya desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 de julio EDJ1981/31, la jurisprudencia constitucional ha configurado el derecho a la presunción de inocencia des-

de su perspectiva de regla de juicio, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que supone que ha de existir una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de tipo delictivo y que de la misma puedan inferirse razonablemente, los hechos y la participación del acusado en los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional 56/2003 de 24 de marzo, FJ5 EDJ2003/6167; 94/2004 de 24 de mayo, FJ2 EDJ2004/30442; y 61/2005 de 14 de marzo EDJ2005/29891).

En relación al derecho constitucional de la presunción de inocencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23/9/2009 nos dice que: "Sobre la infracción del principio de presunción de inocencia –decíamos en Sentencias del Tribunal Supremo como las núm. 25/2008 de 29 de enero EDJ2008/25603, ó 7-10-2008, núm. 575/2008 EDJ2008/178472 ex artículo 24.2 de la Constitución Española EDL1978/3879– que este derecho viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamente e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos. Respecto de la presunción de inocencia, señala la Sentencia del Tribunal Supremo 1.200/2006, de 11 de diciembre, que "en el orden penal comporta: 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. 2) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de publicidad y contradicción. 3) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción. 4) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración".

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18/5/2012 nos recuerda que "Como ha señalado una reiterada doctrina de esta misma Sala y recuerda la sentencia núm. 97/2012 de 24 de febrero, entre otras, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser: 1º) Constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos; 2º) Legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad, y 3º) Racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las reglas de la experiencia los medios de prueba tomados en consideración justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, pues de la motivación del Tribunal sentenciador debe deducirse la suficiencia de la prueba para justificar una convicción ausente de dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado".

Y, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22/5/2013 sistematiza las seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional sobre el derecho que nos ocupa –aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras– haciendo hincapié en que "El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición constitucional de ser condenado sin que se hayan realizado pruebas de cargo, válidas, con las garantías necesarias, referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Se conculcará tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (Sentencias del Tribunal Constitucional 68/2010 de 18 de octubre, 107/2011, de 20 de junio –Fundamento Jurídico Cuarto–, 111/2011, de 4 de julio –Fundamento Jurídico Sexto a)–, ó 126/2011, de 18 de julio –Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a)–. La más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas: se vulnerará la presunción de inocencia cuando se haya condenado: a) sin pruebas de cargo; b) con la base de pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de pruebas practicadas sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de

una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos".

Y, en relación al derecho a la presunción de inocencia y al principio "in dubio pro reo" la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23/2/2012 establece que: "Es reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción. A) Como venimos afirmando el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional. 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución Española. EDL1978/3879 sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una

convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (Sentencias del Tribunal Constitucional 145/2003 de 6.6, 300/2005 de 2.1, 70/2007 de 16.4). En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2007 de 24.9, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial. En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (Sentencia del Tribunal Supremo 1125/2001 de 12.7). Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación

de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (Sentencia del Tribunal Supremo 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (artículo 9.1 de la Constitución Española EDL1978/3879), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (Sentencia del Tribunal Supremo 1030/2006 de 25.10). En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración", en comprobar "que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada"; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante". Doctrina esta que ha sido recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2006 de 24.4, que recuerda que el derecho a la presunción de inocencia, artículo 24.2 de la Constitución Española EDL1978/3879 "se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye

el artículo 117.3 de la Constitución Española EDL1978/3879, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (Sentencia del Tribunal Constitucional 300/2005 de 2.1, FJ. 5). Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios: 1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías. 2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada. 3º el de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (Sentencias del Tribunal Constitucional 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

B) El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL1882/1). Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio "in dubio pro reo", se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (Sentencia del Tribunal Supremo 45/97, de 16.1).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla "in dubio pro reo" resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el artículo 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla "in dubio pro reo", condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda". (Sentencia del Tribunal Supremo 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio "in dubio pro reo" no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio "in dubio pro reo" forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (Sentencia del Tribunal Supremo 999/2007, de 12-7; 677/2006, de 22-6; 836/2004, de 5-7; 479/2003; 1125/2001; de 12-7).

Es verdad que en ocasiones el tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de

las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La Sentencia del Tribunal Supremo 666/2010 de 14-7, explica cómo el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (Sentencia del Tribunal Supremo 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6).

En ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 999/2007, de 26-11, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo 939/98, de 13-7, recordaba que el principio "in dubio pro reo" no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL1882/1, pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo.

Por tanto, el principio "in dubio pro reo" si puede ser invocado para fundamentar la casación cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que duda, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio "in dubio pro reo" no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda (Sentencia del Tribunal Supremo 1186/95, de 1-12; 1037/95, de 27-12)".

En relación a la valoración de la prueba, la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo" la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, de fecha 16/1/2017 señala que "Del contenido del recurso de la representación procesal de D. Adrián se consignan como motivos de impugnación de la sentencia apelada, los siguientes: la vulneración de la presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo", así como el error en la valoración de la prueba. Entrando a resolver las cuestiones alegadas en el recurso, con carácter previo, debe ponerse de relieve que la presunción de inocencia, en tanto que verdad interina de inculpabilidad,

se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona, en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El Tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por otro lado, el principio penalista "in dubio pro reo", se diferencia de la presunción de inocencia, en que se dirige al Juzgador como norma o criterio de interpretación personal para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejen duda en el ánimo del Juzgador... se incline entonces a favor de la tesis que beneficien al procesado (Sentencias del Tribunal Supremo 10-7-92, 28-11 y 15-12-94 y 45/97, de 16-1). Se configura, en definitiva, como un mecanismo auxiliar del juez o tribunal sentenciador que sirve a la idea de que si la prueba practicada no llega a ser bastante para formar su personal e íntima convicción en orden a la condena del acusado, el *dubium* o duda razonable ha de decantarse en favor del reo (según constante jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Sentencia de 21-10-87, con cita de las de 16-1-85, 5-5-86, 5-2-87, 6-2-87, 14-12-87, 15-1-88).

Dicho lo anterior, la supuesta infracción del artículo 24 de la Constitución Española EDL1978/3879, se infiere del recurso, guarda relación directa con el error en la valoración de las pruebas. A este tenor, debe significarse por este Tribunal que si bien el recurso de apelación faculta al Tribunal ad quem para una revisión integral de la sentencia recurrida, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, cuando la convicción judicial se ha formado con base en pruebas de naturaleza personal practicadas a su presencia en el acto del plenario –inmediación de la que carece el Tribunal–, y con sujeción a los principios de publicidad, oralidad y contradicción, determina que en estos casos, y por regla general, deba respetarse en sede de apelación la valoración probatoria del Juez a quo, formada además con base en lo alegado por la acusación y la defensa y lo manifestado por el mismo

acusado (artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL1882/1), con la única excepción, en principio, de que la convicción así formada carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral, bien por ser las pruebas valoradas de naturaleza ilícita, bien por ser las mismas contrarias a los conocimientos científicos, las reglas de la lógica y la razón o las reglas de la experiencia humana común, o tales circunstancias deban predicarse del proceso valorativo del juzgador de instancia".

En definitiva, el derecho la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española EDL1978/3879 exige que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley.

La comprobación de la existencia de prueba de cargo bastante debe realizarse en tres aspectos esenciales: que el Juzgado de instancia haya apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación de los acusados en él; que las pruebas sean válidas, obtenidas e incorporadas al juicio con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica; y que la valoración probatoria realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no sea, por tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Sentado lo anterior y aplicando la anterior doctrina al caso de autos, esta Sala asume y hace suyos los irreprochables argumentos de la sentencia atacada y comparte totalmente la conclusión probatoria de la juzgadora de instancia, la cual no solo no resulta gratuita, artificial o caprichosa, sino que se estima completamente racional y fundada en virtud del acervo probatorio dimanante del juicio oral.

La defensa apelante pretende sustituir la imparcial e independiente apreciación probatoria de la jueza "a quo" por su particular, subjetiva e interesada versión de los hechos, lo que no deja de ser perfectamente legítimo y comprensible, pero obviamente no puede prosperar a la vista de la inconsistencia y endeblez de sus argumentos de descargo, que no logran contrarrestar la solidez y buen juicio de los fundamentos y evidencias inculpativas que la sentencia apelada esgrime contra el acusado.

Y, es que las alegaciones de la defensa recurrente no ponen de manifiesto sino su legítima discrepancia con la valoración de la prueba que ha realizado, de forma correcta y adecuada, amén de motivada, la Juzgadora de instancia, bajo los principios de inmediación y de imparcialidad, pretendiendo sustituir su apreciación frente a la del titular del órgano "a quo".

Así las cosas, se anticipa que la valoración efectuada en la sentencia apelada, que con las ventajas de la inmediación puede apreciar la consistencia, fiabilidad y autenticidad de las distintas pruebas personales practicadas debe ser respetada por este Tribunal de Apelación, al no apreciar en tales valoraciones elementos que demuestren error alguno.

La sentencia de instancia da por cumplidamente acreditados los incumplimientos imputados al acusado en virtud de los informes de los técnicos de menores debidamente ratificados en el plenario y la Sala asume como propio el parecer de la magistrada de instancia de conceder especial relevancia probatoria a los testimonios mencionados mismos partiendo de la inmediación y facilidad de percepción que por definición tiene el juzgador "a quo" para evaluar su credibilidad y fiabilidad, desde su posición de privilegio derivada del propio juicio oral donde se practica la prueba, sin que por lo demás se observe en sus declaraciones mayores contradicciones, ambigüedades o renunciados destacables, que lo desmerezcan o desacrediten razonablemente, ni motivo alguno que permita ponerlos en prudente entredicho, sino todo lo contrario, reúnen todos y cada uno de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para otorgarle plena efectividad probatoria.

Luego y concluyendo, a la vista de la testifical referida y demás prueba practicada, se estima que ningún error se cometió en la instancia al examinar y valorar la misma, habiendo quedado desvirtuado el derecho a la presunción "iuris tantum" de inocencia que con rango fundamental se consagra en el artículo 24 de la Constitución Española, pues se practicó cumplida prueba de cargo, de claro e inequívoco contenido incriminatorio, con pleno respeto a los principios de contradicción y defensa que rigen en el proceso penal, no siendo dicha valoración de la prueba irracional o arbitraria, ni se aparta de las reglas de la lógica, teniendo declarado pacíficamente la jurisprudencia que el derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de la Sala Segunda, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos supuestos, como es el caso, en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y

producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales –Sentencia del Tribunal Supremo fecha 28/3/2001, por todas–.

No cabe pues, apreciar error en la valoración de la prueba porque la que efectúa la Juzgadora de lo Penal es sensata y ecuaníme, ni contravención del derecho fundamental a la presunción de inocencia porque hay prueba de cargo suficiente contra el acusado, ni finalmente vulneración del principio "in dubio pro reo" por cuanto no existe en el presente caso "dubium" alguno ni duda razonable de la culpabilidad del condenado, lo que nos lleva a la desestimación de los motivos de apelación fundados en la apreciación de la prueba y en la vulneración de los principios de la presunción de inocencia e "in dubio pro reo".

CUARTO: Como tampoco procede estimar el motivo de infracción de ley invocado por la defensa del acusado, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, prevista en el artículo 21-6 del Código penal.

El artículo 24 de la Constitución Española establece expresamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el efecto de la vulneración de tal derecho del acusado fue objeto de adopción por el pleno de la Sala 2ª del T. S. de 21/5/1999 de una solución jurídica consistente en un abono en la pena que se imponga, compensador del retraso sufrido, mediante la apreciación de una circunstancia analógica (introducida por la reforma de la LO 5/2010 en el 21-6ª del Código Penal) que comprende una reducción de culpabilidad determinada por la lesión jurídica sufrida por el imputado, permitiendo así a los tribunales reparar la lesión de su derecho fundamental violado.

La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable.

Se subraya también su doble faceta prestacional-derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, –y reaccional–, traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.

En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante.

Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (Sentencias del Tribunal Constitucional 237/2001, 177/2004 y 153/2005; y Sentencias del Tribunal Supremo 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; y 202/2009, de 3-3).

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de fecha 3 de marzo de 2010 destaca que "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución EDL1978/3879, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España EDJ 2003/127367 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas

c. España EDJ 2003/127368, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España). En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado, sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal EDL1995/16398, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia y de que la Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación en relación con los demás datos de la causa." Por su parte la sentencia de fecha 25 de mayo de 2010 EDJ2010/92255, con relación a la denuncia previa dice: "Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1151/2002, de 19 de junio EDJ2002/28410, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el artículo 24.1 de la Constitución EDL1978/3879 mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992 EDJ1992/4711, 301/1995, 100/1996 EDJ1996/3055 y 237/2001 EDJ2001/53329, entre otras; Sentencia del Tribunal Supremo 175/2001, 12 de febrero EDJ2001/3000)". Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1497/2002, de 23 septiembre EDJ2002/35937, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo

lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 de la Constitución Española EDL1978/3879 sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables."

De otro lado, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 31.3.2011, para apreciar la atenuación recoge la exigencia de la concreción de la demoras que fundamentan aquella al decir que: "... El examen de las dilaciones indebidas y el efecto sobre la penalidad a imponer al acusado ha sido objeto de varios Plenos no jurisdiccionales de esta Sala, y en el celebrado el día 21 de mayo de 1999 se acordó que la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas será la de compensarla con la penalidad procedente al delito, a través de la circunstancia de análoga significación del artículo 21.6 del Código Penal, acuerdo que ha tenido su reflejo en numerosas Sentencias. También hemos dicho que el concepto de "dilaciones indebidas" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso; si el mismo es verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, y no es reprochable al propio acusado ni a su actuación procesal; y si el retraso es injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. En consecuencia, hemos dicho en Sentencia nº 273/2.005, de 2 de marzo, que cita otras, como las Sentencias nº 32/2.004, de 22 de enero, y nº 322/2.004, de 12 de marzo, que los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga

quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Finalmente, también hemos dicho en Sentencia n° 1.458/2.004, de 10 de diciembre, que para la apreciación de la atenuante analógica que se invoque no es suficiente con una mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama explicita y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas."

Por lo demás, para la valoración de la concurrencia de la circunstancia modificativa que nos ocupa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14/5/2012 destaca que "Existe acuerdo en que el concepto de dilación indebida es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución a la conducta del imputado, debe determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que el retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (Sentencias del Tribunal Supremo 654/2007 de 3 de julio, 890/2007 de 31 de octubre, entre otras), debiendo apreciarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, como consecuencia del daño que pueda ocasionarle la prolongación del proceso, bien por la reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (Sentencia del Tribunal Supremo 3 de febrero de 2009)".

En relación a la atenuante de dilaciones indebidas la Sentencia del Tribunal Supremo 508/2015 subraya que: "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les

sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si, teniendo en cuenta la duración total del proceso, efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

La jurisprudencia ha relacionado la atenuación con la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1432/2002, de 28 de octubre; la Sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2003, de 10 de junio y la Sentencia del Tribunal Supremo nº 892/2004, de 5 de julio). También con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (Sentencia del Tribunal Supremo nº 1583/2005, de 20 de diciembre; Sentencia del Tribunal Supremo nº 258/2006, de 8 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo nº 802/2007, de 16 de octubre; Sentencia del Tribunal Supremo nº 875/2007, de 7 de noviembre, y Sentencia del Tribunal Supremo nº 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que sea extraordinario y que no aparezca como debidamente justificado.

Esta Sala ha venido exigiendo, además, que se especifiquen por el recurrente los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias que entiende inútiles.

Salvo casos excepcionales, caracterizados por una total arbitrariedad en la actuación de los órganos jurisdiccionales, no puede valorarse, a los efectos de la atenuante de dilaciones indebidas, el tiempo empleado en la tramitación, el estudio y la resolución de las pretensiones de las partes en el proceso, siempre que se respeten los límites razonables y la actuación procesal pueda considerarse dentro de la normalidad, atendiendo a los estándares habituales, pues no se tratará entonces de un retraso que pueda calificarse de indebido ni extraordinario, como exige el artículo 21.7ª del Código Penal.

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que la tramitación de una causa penal no consiste en la sucesión ininterrumpida de trámites procesales yuxtapuestos de manera que cada uno venga seguido de forma inmediata por el siguiente. Por el contrario, ordinariamente, y en función de la complejidad de los hechos investigados, el desarrollo correcto de la tramitación requiere de la dedicación de tiempo de reflexión y estudio antes de la toma de decisiones, así como de las gestiones necesarias para hacerlas efectivas".

En el caso que nos ocupa estima la Sala que no procede apreciar la atenuante de dilaciones indebidas atendido que del repaso de lo actuado se desprende que pese al tiempo de duración del proceso, que es desde luego superior a la deseable para la escasa complejidad de la causa, y así nos lo parece, ello no es solo imputable a la inacción del órgano judicial, sino sobretudo y fundamentalmente a la conducta obstativa del reo, expresamente destacada como principal argumento por la jueza de instancia para denegar la moderación punitiva.

El apelante dedica buena parte de sus más animosos esfuerzos a remarcar la importancia objetiva del plazo de tramitación de la causa, desde el inicio de la misma en diciembre del año 2012 hasta la celebración del juicio oral el 12/12/2017 y sentencia en fecha 15/12/2017 (6 años) y ello es desde luego indiscutible, pero interesadamente omite que el derecho del

acusado a que la causa se resolviese dentro de un tiempo razonable se ve decisivamente condicionado a la actuación del mismo.

Y, es que, como destaca la juzgadora de instancia para descartar la aplicación de la atenuante, hay que tener en cuenta lo siguiente: "En el presente caso, se incoan diligencias previas el 18 de diciembre de 2012 (folio 71), dictándose el 14 de febrero de 2014 (folio 74) Auto ordenando la detención y puesta a disposición del juzgado del acusado, al no comparecer pese a estar citado para su declaración como imputado -en lo que parece ser la tónica habitual de comportamiento del mismo en la vida, pues para la celebración del juicio oral también las citaciones resultaron infructuosas-. Se le detiene el 8 de marzo de 2014 (folios 92 y siguientes) y se le toma declaración como imputado. Nuevamente se tiene que dictar auto de busca y captura el 24 de junio de 2015 (folio 127). Se le detiene en marzo de 2016 (folio 138) y entre otras se le notifica el auto de apertura de juicio oral. Se envía la causa a este juzgado el 7 de junio de 2016 y se admite prueba el 17 de junio de 2016. Intentada su citación para el juicio oral la misma resultó infructuosa, tal y como certifica la policía local de Pájara el 11 de diciembre de 2017, y cierto es que sin ser citado finalmente compareció al juicio oral, evitando in extremis una nueva busca y captura, pero ello no impide que el retraso que se ha producido en la causa es principalmente por causa del acusado".

Mal puede alegar el recurrente la lesión en su derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, cuando buena parte de la demora es exclusivamente atribuible al propio acusado y no se aprecia que específico perjuicio puede haberle en verdad causado el retraso del proceso, partiendo siempre de la premisa de su falta voluntaria de diligencia procesal como factor decisivo de la dilación.

Se rechaza pues, que la demora objetiva en el tiempo desde la iniciación del proceso hasta el enjuiciamiento deba de tener una consecuencia penológica favorable al reo, ni como atenuante simple ni mucho menos como muy cualificada, porque después de una detallada revisión de la tramitación de las actuaciones se excluye que concurra una dilación ecuánimemente intolerable que debe de merecer la atenuación de la pena para el culpable, atendido que buena parte del retraso está relacionada con su actuación y es por completo ajena al funcionamiento del órgano judicial.

Por todo ello, concluimos que de las actuaciones no puede derivarse dilación indebida alguna que legitime la estimación de esta circunstancia atenuante, de modo que el beneficio compensatorio penológico que el reo parece que pretende conseguir no se estima proporcionado al retraso objetivo de la causa y a las eventuales consecuencias del mismo.

Luego, no procede la aplicación de la atenuante, ni como muy calificada ni tampoco como simple.

QUINTO: Y, respecto del motivo implícito, invocado como de pasada y fundado en la discrepancia con la individualización de la pena, hay que decir que conforme al artículo 66-6ª del Código Penal procede desestimar también el recurso, habida cuenta que la finalmente impuesta de 18 meses multa, dentro de un marco legal de 12 a 24 meses se estima proporcionada al enérgico juicio de reproche que merece la conducta antijurídica del reo atendida la gravedad del incumplimiento que se le imputa, puesto que como razona la juzgadora de instancia cumplió únicamente cuatro meses de un total de doce de la medida impuesta por el órgano de menores, con lo que la extensión de condena nos parece plenamente ajustada a derecho y a las circunstancias concurrentes.

SEXTO: Procede, por tanto, la desestimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Luis Ángel contra la sentencia de fecha 15/12/2017 y la imposición de las costas causadas en esta alzada, al recurrente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Luis Ángel contra la sentencia de fecha 15/12/2017, del Juzgado de lo Penal n.º 2 y confirmamos íntegramente los pronunciamientos de la misma.

OTROS

59.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL, DE FECHA 22-02-2017

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente para autorizar salidas terapéuticas.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 19 de diciembre se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición y testimonio del Expediente de Medidas de Seguridad 10/2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid, planteando cuestión de competencia negativa con la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Ejecutoria X/15, acordando por providencia de 22 de diciembre, formar rollo, designar Ponente al Excmo. Sr. D. Carlos G.P., y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 24 de enero, dictaminó: "... En consecuencia, el Fiscal entiende, en línea con el Auto de 16-12-09 y sus precedentes de 14-3-07 y 8-10-09, a los que no afecta la reforma de la Ley Orgánica 5/10 en su contenido fundamental, que, la concesión de un permiso terapéutico no es la modificación de una medida de seguridad, por otra parte, cuya ejecución no es después del cumplimiento de la pena, y, en consecuencia, que la Cuestión de Competencia Negativa debe ser resuelta en favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid".

TERCERO.- Por providencia de fecha 14 de febrero se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 21 de febrero para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la exposición y testimonio recibidos se desprende que por el Director del Centro Penitenciario Madrid 1 Mujeres, se interesó del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid, autorización para que la interna Montserrat, sometida a medida de seguridad de internamiento, pudiera disfrutar de salidas terapéuticas. Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 se comunicó que dicha autorización debería ser solicitada

al Tribunal Sentenciador, la Audiencia Provincial de Guadalajara. La Audiencia Provincial de Guadalajara, por Auto de 15 de noviembre de 2016, acordó que la autorización para las salidas terapéuticas no le correspondía, al ser competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, amparándose en el Auto de esta Sala Segunda de 16 de diciembre de 2009 dictado en la c de c 20515/09, según el cual, el artículo 97 del Código penal, entonces vigente, atribuye al órgano sentenciador la decisión sobre el mantenimiento, suspensión o sustitución de las medidas de seguridad, previo informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria, decisión que, en ningún caso, incluye los permisos de salida terapéutica.

Elevada Exposición Razonada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a la Audiencia Provincial de Guadalajara, ésta contesta, en el Auto de 30 de noviembre de 2016, que la competencia para autorizar salidas terapéuticas temporales, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid. Ante ello, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid acuerda, en Auto de 15 de diciembre de 2016, elevar a esta Sala Exposición Razonada planteando Cuestión Negativa de Competencia, en la que propugna, amparándose en los arts. 97 y 98 del Código penal, redactados conforme a la Ley Orgánica 5/10 y en que, según los mismos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria solo tiene función de proponer y no de resolver.

SEGUNDO.- La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del Juzgado de Vigilancia, así el artículo 97 del Código penal configura las decisiones que el Juez o Tribunal Sentenciador podrá adoptar en ejecución de la Sentencia: a) Mantener la ejecución de la medida impuesta; b) Decretar el cese de la medida cuando desaparezca la peligrosidad del sujeto; c) Sustituir una medida de seguridad por otra que se estime más adecuada entre las previstas para el supuesto de que se trate; d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado obtenido en su aplicación. Y el artículo 98 del Código penal, por su parte, establece el procedimiento a seguir, a los efectos del artículo 97 del Código penal, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de libertad vigilada, que deba ejecutarse después del cumplimiento de la pena. Previsión ésta que escapa al caso concreto que nos ocupa, pues a Montserrat se le impone la medida de internamiento en sustitución de la pena por su estado mental en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara. Se trata de una medida de seguridad no contemplada en el artículo 98, limitada a

las medidas de seguridad de ejecución posterior a la pena, lo que hace carente de aplicación la propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida que le otorga al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Así es plenamente aplicable la doctrina contenida en el auto de 16/12/09 c de c 20515/2009, al no estar afectado por la reforma de la Ley Orgánica 5/10 en su contenido fundamental: "Así el artículo 97 del Código penal, atribuye al órgano sentenciador la decisión sobre el mantenimiento, sustitución o suspensión de las medidas de seguridad previo informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria, decisión que, en ningún caso, incluye los permisos de salida terapéutica, que no suponen la modificación de la medida impuesta y que en la legislación penitenciaria son competencia del Juez de Vigilancia. Por otro lado, cuando el artículo 101.2 del Código Penal establece que el sometido a la medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, conforme a lo establecido en el artículo 97 del Código Penal, no se está refiriendo, evidentemente, a los permisos de salidas temporales, sino al abandono definitivo del establecimiento por cumplimiento de la medida, sustitución o suspensión, decisión que compete, única y exclusivamente al Tribunal sentenciador, al igual que el licenciamiento definitivo de un interno en un Centro Penitenciario ordinario de cumplimiento, sólo puede aprobarlo el órgano sentenciador y no el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Por último, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le corresponde ejercer las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la Ley de la provincia o territorio correspondiente a su demarcación".

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

Dirimir la cuestión de competencia negativa otorgando la misma al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid (Exp. de Medida de Seguridad 10/2015) al que se le comunicará esta resolución así como a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Ejecutoria 2/15) y al Ministerio Fiscal.

60.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, DE FECHA 07-05-2014

Se desestima recurso contra la denegación de la reclamación formulada en relación a los gastos soportados por una comunidad autónoma como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad.

SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil catorce.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 116/2014, promovido por la Comunidad Autónoma de La Rioja, representada por el Procurador de los Tribunales y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la Resolución de 21 de julio de 2010, del Director General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que deniega la reclamación económica formulada en relación con los gastos soportados por dicha Comunidad Autónoma como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad en el ámbito penal, habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada por el Abogado del Estado; cuantía 110.015,36 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 12 de julio de 2010, la Comunidad Autónoma de La Rioja formuló una reclamación a la Administración General del Estado por importe de 110.015,36 €, abonados como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad en relación con cuatro personas:

a) D. Juan Carlos

Por Sentencia de 14 de septiembre de 2005, del Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, se le condenó por distintos delitos y se acordó "la imposición de la medida de seguridad del artículo 104 y 105 del Centro Penitenciario de Internamiento en Centro Psiquiátrico por un plazo máximo de 3 años, sin perjuicio de que una vez realizado el examen oportuno

pueda modificarse la medida por tratamiento ambulatorio, en cuyo caso y si se sustituyera por tratamiento ambulatorio, póngase los hechos en conocimiento de la Comunidad Autónoma y de la Consejería de Juventud, Familia y Asuntos Sociales para que por aplicación del artículo 239 del Código Civil, se hagan cargo del penado que se encontrará en desamparo y todo ello hasta que se resuelva de forma definitiva sobre la incapacidad que se tramita en el Juzgado de [Primera Instancia] nº 4 de Logroño"; por Auto de 2 de noviembre de 2005 se acordó sustituir la medida de internamiento por la de tratamiento psiquiátrico ambulatorio.

Por oficio de 16 de noviembre de 2005, de la Secretaria del Juzgado de lo Penal, al amparo de "lo establecido en el artículo 239 del Código Civil", se requirió a la Consejería de Juventud, Familia y Servicios Sociales para que "proporcionen urgentemente al penado [...] la protección que precise hasta que se concluya el procedimiento de incapacidad", produciéndose el internamiento en la Clínica de la Fundación Spiral en Cervera de Pisuerga (Palencia) y, luego, en el Centro Urbano de Spiral en Madrid.

La Consejería de Servicios Sociales, tras distintas Resoluciones asumiendo el gasto correspondiente, reclama un total de 22.824,64 € por el tratamiento desde el 8 de febrero de 2006 hasta marzo de 2007.

Hay que advertir también que, por Sentencia de 23 de mayo de 2005, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Logroño, se declaró la incapacidad absoluta y total de la persona referida, nombrando tutor a la Fundación Tutelar de La Rioja y disponiendo el "ingreso inmediato en un centro adecuado a su estado y circunstancias". Deducido recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de 28 de diciembre de 2006, de la Audiencia Provincial de La Rioja. El 21 de febrero de 2007 se aceptó y juró el cargo de tutor por la representante legal de la Fundación Tutelar de La Rioja.

b) D. Ceferino

Por Sentencia de 24 de enero de 2006, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño, se le impuso la medida de seguridad de sumisión a tratamiento ambulatorio por tiempo máximo de cinco años, si bien, por Auto de 1 de octubre de 2007, a instancias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, se acordó, al amparo del artículo 97 del Código Penal, la sustitución de la medida de tratamiento ambulatorio por la de "internamiento en un Centro adecuado para tratamiento médico de su patología", librándose oficio el 12 de noviembre de 2007 a la Consejería de Servicios Sociales para que el

condenado, interno en la Unidad de Psiquiatría del Hospital de La Rioja, ingrese en un Centro apropiado para su patología, acordándose el traslado al Centro Cadmasa en Caldas de Besaya (Cantabria).

El gasto acreditado por la Comunidad Autónoma de La Rioja ha sido de 15.694,09 €.

c) D. Franco

Por Sentencia de 11 de diciembre de 2003, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño, se le condenó a diversas penas y se le impusieron las medidas de seguridad de "tratamiento farmacológico en la Unidad de Salud Mental de Haro; intervención en Habilidades Socio Afectivas en Centro de Servicios Sociales de Santo Domingo, por la Psicóloga del Centro, en colaboración con la Trabajadora Social de San Asensio; atención en Centro Ocupacional Asprodema Rioja, Centro de Nájera 'La Sierra'; así como entrar en el Programa de Atención a Personas Reclusas y ex-Reclusas con Discapacidad Psíquica FEAPS, a fin de que efectúen el seguimiento y la coordinación de las medidas judiciales adoptadas".

Tras diligencia advirtiendo de que, para la ejecución de la medida de seguridad a cumplir en Asprodema, era necesaria "una dotación presupuestaria de la Comunidad Autónoma de La Rioja", por providencia de 17 de febrero de 2004, se dispuso librar oficio a la Consejería correspondiente "para que se dote presupuestaria o se arbitren las ayudas económicas necesarias para llevarla a cabo", lo que así se hizo.

La Consejería correspondiente ha abonado por la ejecución de esta medida 17.414,45 €.

d) D. Mateo

Por Auto de 11 de agosto de 2006, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Calahorra, se acordó "el internamiento en Centro Educativo especial [...] en tanto se sustancie el presente procedimiento", que terminó por Sentencia de 1 de septiembre de 2006, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño, declarando "la exención de responsabilidad penal del acusado" y "acordando el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento en Centro Educativo Especial por tiempo máximo de dos años", instándose de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por providencia de 16 de abril de 2007, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Logroño, la asunción del gasto producido por el internamiento en el Centro

"El Cariño" de Zaragoza, como así se acordó en distintas Resoluciones, que se refirieron al grado de minusvalía reconocido por "el Centro Base de Logroño".

Está acreditado el abono por la Comunidad Autónoma de La Rioja de 54.081,14 € por el internamiento de la citada persona.

SEGUNDO.- Por Resolución de 21 de julio de 2010, del Director General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, se desestimó la anterior reclamación económica.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando "dicte sentencia por la que, estimando íntegramente las pretensiones de esta parte: a) Declare que la negativa expresada por la Dirección General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior a abonar los gastos soportados por la Comunidad Autónoma de La Rioja, correspondientes a la ejecución de las medidas de seguridad impuestas en sede penal a cuatro ciudadanos, de conformidad a lo interesado por la antedicha Comunidad Autónoma mediante requerimiento presentado ante la citada Secretaría General en fecha 12 de julio de 2010, no es ajustada a Derecho. b) Declare que ha lugar a abonar por parte de la Administración demandada a la Comunidad Autónoma de La Rioja las cantidades económicas derivadas de los gastos soportados por dicha Comunidad Autónoma correspondientes a la ejecución de las medidas de seguridad a las que fueron sometidos, en el ámbito penal por la comisión de ilícitos penales, los cuatro ciudadanos identificados en los hechos I a IV del presente escrito de demanda. c) Condene a la Administración demandada a abonar la cantidad de 110.015,36 €, cantidad a la que ascienden los gastos soportados por la Comunidad Autónoma de La Rioja, correspondientes a la ejecución de las medidas de seguridad a las que fueron sometidos, en el ámbito penal por la comisión de ilícitos penales, los cuatro ciudadanos identificados en los hechos I a IV del presente escrito de demanda. d) Condene en costas a la Administración demandada".

Dado traslado al Abogado del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando "tenga por contestada la demanda interpuesta de contrario, declarando la incompetencia de la Sala para resolver el recurso, o, subsidiariamente, desestimando la misma en cuanto al fondo del asunto".

Recibido el recurso a prueba, se admitió y practicó la prueba documental propuesta por la parte actora, con el resultado que obra en las actuaciones, concediéndose a continuación a las partes, sucesivamente, el plazo de diez días para que presentaran escrito de conclusiones, lo que efectuaron ratificándose en sus respectivas pretensiones.

Con ello quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 5 de julio de 2013, si bien, tras previa audiencia de la parte actora y del Ministerio Fiscal, por Auto de 22 de enero de 2014, confirmado en reposición por Auto de 18 de febrero siguiente, se entendió que la competencia para conocer del proceso correspondía a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a la que se remitieron las actuaciones, previo emplazamiento de las partes.

Recibidas las actuaciones en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnadas a esta Sección Quinta, se asumió la competencia y se señaló para votación y fallo del proceso el día 6 de mayo de 2014, en el que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, siendo Ponente el Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la Resolución de 21 de julio de 2010, del Director General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que deniega la reclamación económica formulada por la Comunidad Autónoma de la Rioja para el abono de los gastos en que ha incurrido como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad adoptadas por órganos judiciales de la Jurisdicción penal en relación con cuatro personas.

La pretensión de resarcimiento se funda, esencialmente, en que la Comunidad Autónoma ha dado cumplimiento a lo ordenado por resoluciones judiciales sin que deba asumir el coste económico de unos servicios que corresponden al Estado, excediendo de las competencias autonómicas en materia de asistencia y servicios sociales que le incumben de acuerdo con su Estatuto de Autonomía, invocando a este respecto diversos preceptos del Código Penal, de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y de sus normas de desarrollo, como el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, y el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

La Administración del Estado demandada rechazó atender el requerimiento dado que, examinados cada uno de los casos por los que se reclama, en todos ellos se advierte que "la autoridad judicial se ha pronunciado valorando de manera significativa la procedencia de que el seguimiento e intervención especializada, terapéutica y asistencial sea realizada a cargo de instituciones distintas a las que podía ofertar la Administración penitenciaria. Todas estas instituciones, la mayoría privadas, han asumido intervenir con pleno conocimiento y autorización de la autoridad judicial y bajo el patrocinio, con asunción de los gastos que se derivaran, de la Administración autonómica, a la que han ido evacuando los oportunos informes de seguimiento", añadiéndose que en ninguno de los supuestos se aprecia "vinculación con la Administración penitenciaria", habida cuenta de que las instituciones y centros donde se han efectuado los internamientos son establecimientos especiales penitenciarios y de que los sentenciados a medidas de seguridad no han causado alta en el sistema penitenciario ni han estado relacionados con la Administración penitenciaria, es más, en alguna ocasión ha existido una desestimación expresa de la derivación a la Administración penitenciaria.

En la demanda se insiste en la tesis mantenida en la solicitud inicial de que, aun careciendo la Comunidad Autónoma de la competencia y de los medios personales y materiales correspondientes, el servicio fue prestado y sufragado por la misma, sin que los servicios sociales autonómicos puedan terminar convirtiéndose en instrumentos de la política penitenciaria

del Estado, no siendo óbice para ello la carencia de una infraestructura de centros y servicios pertinentes.

El Abogado del Estado se opone considerando en un primer momento que el título jurídico en el que se funda la reclamación no puede ser otro sino el instituto de la responsabilidad patrimonial, estando prescritas tres de las partidas solicitadas y faltando, en los cuatro casos, el requisito de la antijuricidad del daño, destacando igualmente que la decisión de internamiento correspondió a los jueces de la jurisdicción penal sin que la Comunidad Autónoma formula recurso o queja alguna, asumiendo voluntariamente los gastos cuyo resarcimiento ahora se quiere, sin que se dirigiera al Ministerio del Interior.

SEGUNDO.- Vistos los términos en los que el recurso ha quedado planteado resulta importante resaltar que se está ante una reclamación por los gastos derivados de la ejecución de unas resoluciones judiciales acordando medidas de seguridad, adoptadas en el ámbito de la Jurisdicción Penal.

Las medidas de seguridad no pueden identificarse con las penas, ya que unas y otras responden a características y a finalidades diferentes, puesto que, entre otras cosas, la pena persigue el castigo del sujeto, se basa en la culpabilidad del mismo y tiene por objetivo la prevención general, mientras que la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del individuo y se incardina en la prevención especial. Aunque, sin duda, poseen elementos compartidos, como que ambas figuras implican la privación o la limitación de bienes jurídicos, la pena es una consecuencia jurídica del delito, mientras que la medida de seguridad no constituye, propiamente, una sanción, sino un medio de tutela o de prevención postdelictual.

El Código Penal vigente configura con carácter general las medidas de seguridad fundamentándolas en "la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito" (artículo 6.1) y regulándolas en el Título IV del Libro I, a continuación de las penas, a las que dedica el Título III del mismo Libro I. El Código diferencia entre las medidas de seguridad privativas de libertad y las no privativas de libertad, figurando entre las primeras el internamiento en centro psiquiátrico, el internamiento en centro de deshabitación y el internamiento en centro educativo especial (artículo 96); estos tres tipos de centros se encuadrarían en los "establecimientos especiales" que, a continuación de los de preventivos y de los de cumplimiento de penas, se

recogen en la Ley Orgánica General Penitenciaria (artículo 7), caracterizados porque en ellos "prevalece el carácter asistencial", y entre los que se enuncian los centros hospitalarios, los psiquiátricos y los "de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia" (artículo 11).

De esta regulación se infiere la existencia de un fuerte componente social o asistencial en las medidas de seguridad que comportan privación de libertad, por cuanto de lo que se trata es de que, con ellas, se limite la peligrosidad del sujeto y se le someta, obligatoriamente, a un proceso de reeducación tendente a eliminar o a reducir dicha peligrosidad, trascendiendo del mero cumplimiento de las penas privativas de libertad, como lo evidencia la especialidad de los centros de internamiento, sin que la ejecución de estas medidas de seguridad tenga un desarrollo normativo completo, apreciándose numerosas carencias a tenor de la evolución de la estructura territorial del Estado y de la misma expansión de tales medidas, facilitada por los avances en el pronóstico de los comportamientos futuros y en el de los tratamientos aplicables.

Además, lo que no cabe obviar son las circunstancias concurrentes en cada caso, pues determinan la medida de seguridad a imponer, su alcance y su ejecución, sin que una Administración pública pueda desentenderse, sin más, de las obligaciones que le incumben con el pretexto de que deben ser atendidas o han sido asumidas por otra.

TERCERO.- Situadas en el contexto que se acaba de exponer las reclamaciones formuladas por la Administración demandante y conjugándolas con las circunstancias fácticas que, para cada caso, se deducen del expediente administrativo y que se han consignado en el primero de los Antecedentes de esta Sentencia, se llega a la conclusión de que carece de virtualidad la base jurídica en que se sustentan.

En efecto, al margen de que se esté ejercitando una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, una acción fundada en la gestión de negocios ajenos o una acción de reintegro de un pago indebido, lo cierto es que, como se advierte por la Administración demandada, las actuaciones llevadas a cabo por la demandante tuvieron su origen en mandatos de órganos judiciales penales que en ningún momento fueron cuestionados por la destinataria, en el sentido de que no consta que expusiera al Juez de lo Penal o al de Vigilancia Penitenciaria correspondiente

que no le incumbía la ejecución de las medidas acordadas; tampoco está acreditado que de algún modo participara la situación a la Administración penitenciaria estatal.

Es decir, la Administración autonómica asumió como propia la competencia para la ejecución de las cuatro medidas de seguridad acordadas por las autoridades judiciales –nótese que en algunas Resoluciones obrantes en el expediente se invoca como fundamento el artículo 2.1.1.i) del Decreto autonómico 37/2003, de 15 de junio, que atribuye a las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías la competencia para "instar las actuaciones necesarias para la ejecución de las decisiones judiciales que afecten a materias propias de la Consejería" y en el caso de D. Mateo se asume el pago del Centro debido a que "tiene un grado de minusvalía reconocido por el Centro Base de Logroño, y en el presupuesto de la Dirección General de Familia y Acción Social existe una partida presupuestaria para atender este tipo de situaciones"–, medidas que, en algún caso, fueron, incluso, propiciadas por dicha Administración o, sin duda, afectadas por su actuación –así, con respecto a D. Juan Carlos, la Sentencia penal imponiendo la medida de seguridad es de 14 de septiembre de 2005, constando que por Sentencia civil de 23 de mayo anterior había sido declarado incapaz y ordenado su ingreso inmediato en un centro adecuado a su estado y circunstancias, estando pendiente de resolución el recurso de apelación deducido por la Administración autonómica contra esta última Sentencia, siendo esta misma Administración la que valoró positivamente el traslado al Centro privado cuyo coste asumió–, por lo que no cabe ahora que, yendo contra sus propios actos, pretenda trasladar las consecuencias económicas de esas ejecuciones a la Administración que, a su juicio, las debió asumir desde el primer momento, pero a la que, con su actuación unilateral, impidió cualquier alternativa de ejecución, como, por ejemplo, el cumplimiento de la medida en algún centro especial estatal adecuado al sujeto, sin que, de entrada, valga descartar tal posibilidad.

Pero es que tampoco puede compartirse la idea de que la ejecución de las medidas de seguridad incumba, en todos los supuestos, a la Administración penitenciaria, ya que ello supone desconocer el desarrollo territorial del Estado y la misma configuración y evolución de las medidas de seguridad, en el sentido antes expresado, por cuanto, a la luz de la actual normativa, cabría admitir que esa ejecución se lleve a cabo por la Administración que se encuentre en la posición más adecuada y más ventajosa para ello,

que no necesariamente debe identificarse con la Estatal o la Autonómica, siempre bajo el presupuesto inexcusable del control judicial.

CUARTO.- De cuanto antecede se deduce la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto sin que, por lo que se refiere a las costas, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción vigente cuando se presentó el escrito de interposición, se estimen méritos para hacer expresa imposición a ninguna de las partes procesales.

POR TODO LO EXPUESTO

FALLAMOS

DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la Resolución de 21 de julio de 2010, del Director General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que deniega la reclamación económica formulada en relación con los gastos soportados por dicha Comunidad Autónoma como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad en el ámbito penal, por ser dicha Resolución, en los extremos examinados, conforme a Derecho.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso de casación común, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

61.- SENTENCIA 48/2019 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE FECHA 04/04/2019

Responsabilidad de la Administración Penitenciaria por no atender las exigencias de la libertad vigilada en los términos establecidos por el Tribunal Sentenciador.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona indicada en el encabezamiento, y con fecha 8 de febrero de 2018 se ha dictado Sentencia en cuya parte dispositiva textualmente se dice:

CONDENAMOS al acusado C. como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Condenamos a C. a la prohibición de que se aproxime al menor L., a su domicilio o cualquier otro lugar en que éste pueda encontrarse a una distancia inferior a mil metros así como la de comunicarse o relacionarse con él por cualquier medio durante el periodo de cumplimiento de la pena de prisión y por un tiempo superior en OCHO años a la pena de prisión impuesta.

Condenamos a C. a la medida de libertad vigilada por tiempo de ocho años desde la finalización de la pena de prisión sujeta al mecanismo legal referido en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

Por vía de responsabilidad civil CONDENAMOS a C. a pagar a L., a través de su representante legal, la suma de trescientos cincuenta euros (350 €) en concepto de curación de las lesiones y cinco mil euros (5.000 €) en concepto de daño moral, CONDENANDO a la GENERALITAT DE CATALUNYA como responsable civil subsidiaria al pago de dichas cantidades y como responsable civil directa a SEGURCAIXA ADESLAS, SA SEGUROS Y REASEGUROS. Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

y que en el caso de la aseguradora serán los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a todas las partes interesadas, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del Sr. C., además de por la Generalitat de Catalunya y por Segurcaixa Adeslas, en los que, tras expresar los fundamentos del recurso que cada recurrente tuvo por pertinentes, interesó, cada uno, la revocación de la sentencia recurrida en los términos que cada uno dejó establecidos.

TERCERO.- Admitidos a trámite dichos recursos se dio traslado de los mismos al resto de las partes personadas, para que en el término legal formularan las alegaciones que tuvieren por conveniente a sus respectivos derechos, con el resultado que es de ver en autos. Evacuado dicho trámite se remitieron las actuaciones a esta Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, para su Fallo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y registradas en esta Sala, sin celebrarse vista pública, al no solicitarse por el recurrente y no considerarse necesario, quedaron los autos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia, que dicen así:

PRIMERO.- El acusado C., de 48 años de edad, condenado por abuso sexual a menores en Sentencia firme de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21-6-2012, en el Procedimiento Abreviado, a la pena de prisión que extinguió el 25-7-2015, cumpliendo desde entonces la medida de libertad vigilada, de diez años (quiere decir ocho) impuesta en la misma sentencia, el día 7-2-2016, sobre las 11,30 horas, en la CALLE de Barcelona, abordó al menor, de 10 años de edad, que se encontraba solo y entabló conversación con él siguiéndole hasta su domicilio paterno y al entrar el menor en dicho inmueble, antes de que pudiera cerrar la puerta diciéndole que iba a ver a un amigo, subió detrás de él por las escaleras, y, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, empujó al menor contra la pared, le sujetó por los brazos, le subió la camiseta y le tocó la barriga, arañándole en la misma, llegando a meter una de sus manos debajo de su ropa interior tocándole el pene, mientras con la otra mano le

tapó la boca diciéndole que no lo contara a nadie, hasta que el menor, logró desasirse de él y subir hasta su domicilio.

A raíz de estos hechos L. sufrió lesiones que le fueron diagnosticadas el mismo día en el Centro médico donde fue reconocido, al haber contado a su padre lo sucedido: poliexcoraciones en hombro izquierdo, abdomen superior y cuadrante inferior derecho, parte proximal de muslo izquierdo y ambos escrotos, la mayor de 4 cm., hematoma en cara ventral del pene, de las que tardó en curar 7 días, sin secuelas.

SEGUNDO.- En virtud de la sentencia anteriormente referida, el acusado C., estaba sometido a la medida de libertad vigilada durante ocho años desde la finalización del cumplimiento de prisión, habiendo la Sección Novena de la AP de Barcelona dictado Auto de 10-7-2015, en el que se contienen las varias medidas adoptadas, entre ellas la prohibición de acercamiento a menores y a distintos lugares y zonas geográficas de forma “que esté siempre localizable por aparatos electrónicos mediante la colocación de un aparato GPS para su control y vigilancia”, todo ello a propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, medida basada en un informe de los servicios penitenciarios de la existencia de un alto peligro de reiteración delictiva, al haberse negado a realizar el programa de tratamiento de reeducación sexual y presentar signos de pedofilia, al haber sido condenado en varias ocasiones por delitos de abuso sexual a menores.

La materialización y control de dicha medida fue encomendada por el órgano judicial al Servei de Medi Obert de la Direcció General de Serveis Penitenciaris de la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya, ordenando la colocación de un medio electrónico de control y seguimiento (GPS), el mismo día que tuviera que salir en libertad. Asimismo se encomendó también al Área d'Execució de Mesures Penals Alternatives de la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya en oficio las medidas necesarias para el cumplimiento de todas las medidas de libertad vigilada impuesta al acusado

El 25-7-2015 el Servei de Medi Obert de la Direcció General de Serveis Penitenciaris instaló al acusado un medio electrónico GPS que permitía la comunicación interactiva con el penado, emitiendo señales de su ubicación y mensajes de alarma si transgredía la orden de restricción de los lugares prohibidos, detectando asimismo la existencia de batería baja además de posibles manipulaciones. Desde el 2-2-2016 hasta el 25-2-2016 C. carecía

de ningún tipo de control y se desconocía su localización, al carecer el aparato de batería, sin que el organismo lo pusiera en conocimiento del órgano judicial ni de ningún otro organismo de control. En la fecha de los hechos 7-2-2016 el aparato no emitió señal alguna por estar el aparato inactivo.

La Generalitat de Catalunya tiene contratado un seguro de responsabilidad civil con la aseguradora VIDACAIXA ADESLAS, SL –actualmente SEGURCAIXA ADESLAS, SA SEGUROS Y REASEGUROS–, el cual cubre las responsabilidades económicas derivadas de un deficiente o anormal servicio.

TERCERO.- El acusado sufre “un déficit intelectual leve con un CIO de 67” que en relación al desarrollo de los hechos concretamente enjuiciados no le alteró sus capacidades cognitivas ni volitivas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ratifican los de la Instancia, por ser conformes a Derecho.

SEGUNDO.- (...)

TERCERO.- I.- (...)

II.- La Generalitat de Catalunya impugna la sentencia con fundamento en la falta de concurrencia de los requisitos legales que los artículos 120.3 y 121 Código Penal exigen para atribuir la obligación de indemnizar a persona o entidad distinta a aquélla que ha causado materialmente el perjuicio de que se trate.

III.- La representación de SegurCaixa Adeslas Seguros y Reaseguros, por su parte, impugna la sentencia que nos ocupa por lo que hace a la declaración de la responsabilidad civil directa que el Tribunal a quo imputa a esta entidad apelante.

Así, se defiende, por un lado, que las condiciones de la póliza del seguro concertado con la Generalitat de Catalunya no cubren las reclamaciones e indemnizaciones por daños morales.

Por otro lado, se alega que, en realidad, no corresponde a la Generalitat de Catalunya atender el pago de los perjuicios que hayan podido causarse

al menor, al no ser (a entender de SegurCaixa) la asegurada responsable subsidiario de los mismos.

CUARTO.- (...)

QUINTO.- La representación de la Generalitat de Catalunya también impugna la sentencia dictada en autos por lo que hace a la responsabilidad civil subsidiaria que le viene impuesta en la resolución, arguyendo que el Tribunal de instancia hace una aplicación errónea del artículo 120.3 Código Penal, por cuanto, alega la recurrente, el mencionado precepto exige que los hechos de los que se derive responsabilidad civil ex delicto han debido cometerse en el establecimiento a cuyo titular se exige la indemnización del perjuicio en defecto del responsable criminal, no siendo, se afirma, éste el caso de autos, ya que el acusado, Sr. C., cometió los hechos fuera del centro penitenciario, y sometido a un régimen y control que pasaba, en primer lugar, por ser él el responsable de que el GPS de la pulsera electrónica que le fue colocada estuviera siempre en correcto funcionamiento a través de la carga regular de su batería.

Subsidiariamente, se defiende por la apelante que la Administración penitenciaria no ha incurrido en responsabilidad administrativa alguna (no se ha producido la infracción de reglamentos que exige el artículo 120.3 Código Penal) por cuanto se había encargado al propio penado mantener en correcto funcionamiento el GPS mediante el cual se procedía a su localización, cumpliendo la Administración con el resto de tareas que le fueron encomendadas por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y, en tercer lugar, se alega que, en todo caso, no existe nexo causal entre los hechos enjuiciados y una indebida actuación de la Administración Penitencia, en tanto que el delito se hubiera cometido de todos modos, porque “...el braçalet localitzador era de tot punt inidoni i ineficaç per a la finalitat d’evitar la reiteració delictiva del seu portador”.

Como es de ver en autos, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó contra el acusado sentencia que devino firme el 30 de julio de 2012 por un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, condenando al acusado a la pena de 4 años de prisión, e imponiendo la medida de libertad vigilada por tiempo de 8 años, de modo que en la fecha de extinción de la condena privativa de libertad de 25 de julio de 2015, el condenado fue requerido para el cumplimiento de dicha medida.

Para ello, unos días antes, el auto de 10 de julio de 2015 (folio 213) acordó imponer a C., como libertad vigilada, el sometimiento a un programa de educación sexual y, además, en lo que ahora importa, a que estuviera siempre localizable por aparatos electrónicos, acordando librar los despachos oportunos al Centro Penitenciario y al Servicio abierto de la Dirección General de Servicios Penitenciarios, “...para dar cumplimiento a esa medida de localización mediante aparatos electrónicos”, por cuanto el penado tenía prohibido acercarse a menos de doscientos metros de centros escolares, centros docentes, y centros o espacios lúdicos de menores, y parques.

Así, ese mismo día el Tribunal sentenciador remitió oficio a Mesures Penals Alternatives (folio 117 del Rollo de Sala) en el que interesa ser informado sobre la ejecución y control de la libertad vigilada, a la vez que el 15 de julio se remite otro oficio al centro para que procedieran a colocar al penado el aparato de control telemático.

Por oficio del 6 de agosto de 2015, el Tribunal solicita a la Subdirecció General de Reparació i Execució Penal informe quincenal relativo a los desplazamientos efectuados por el condenado.

Y, consecuencia de la incoación de D.P. por los hechos que ahora nos ocupan –y que significó la prisión provisional del encausado– en providencia de 18 de marzo de 2016, la dicha Secció acordó advertir de todo ello al Àrea de Informació i Seguretat de Medi Obert del Departament de Justícia de Catalunya, al objeto de que, cuando fuera posible, se reanudara el cumplimiento de la medida de libertad vigilada, con colocación de un nuevo dispositivo de control.

De todo ello se infiere, sin género de dudas, que correspondía a la Administración Penitenciaria de la Generalitat de Catalunya la colocación y control del dispositivo electrónico por el que se verificaban los desplazamientos del penado al objeto de hacer efectiva la medida de libertad vigilada que le había sido impuesta.

En cuanto a conocer en qué consistía la concreta medida de control telemático, a folios 227 y siguientes obra informe confeccionado por la Direcció General de Serveis Penitenciaris, a requerimiento del Juzgado Instructor de esta causa, en el que se da cuenta del funcionamiento del concreto dispositivo de localización que le fue colocado al investigado.

El informe fue confeccionado por B., funcionaria del Servicio de Medi Obert de Serveis Penitenciaris de la Generalitat de Catalunya, con cuya declaración se ha contado en el acto del juicio, después de haberse ratificado en aquél.

Explica la testigo que ella fue la encargada de colocar en el tobillo del Sr. C. la pulsera electrónica, que no podía quitarse porque, en caso de intentarlo, saltaría una alarma.

El dispositivo iba acompañado de un localizador GPS, que la persona debe llevar siempre consigo y que es el que da la información al programa informático sobre la ubicación del penado, que se compromete a tener siempre la batería cargada, de modo que si el GPS se descarga, el sistema informático no puede localizarle, aunque explicó la funcionaria que si se apaga el GPS, el sistema de control recibe un aviso de que no hay batería.

Según declaró la testigo, su labor consistía, simplemente, en remitir con periodicidad semanal un informe de los movimientos del penado; pero no controlaba al mismo durante las 24 horas del día; en todo caso, afirma en un momento de su declaración, hubiera accedido diariamente al programa de haberle sido así solicitado, pero nadie se lo pidió de este modo.

Dicho informe se remitía a Mesures Penals Alternatives.

El 24 de febrero de 2016 (unos quince días después de acaecidos los hechos que nos ocupan) se confecciona por el Área de Informació i Seguretat de la Direcció General de Serveis Penitenciaris comunicado sobre los movimientos del penado entre los días 18 de enero a 2 de febrero de 2016, sin que conste qué control se realizara entre el 2 y el 24 de febrero –los hechos enjuiciados se cometieron el 7 de febrero– aseverando la Sra. B. en el plenario que el 6 de febrero puede confirmar que el aparato en cuestión funcionaba pero que el día 7 de febrero (día de autos) el aparato de localización ya no estaba activo. En todo caso, no se ha aportado a los autos el informe relativo al periodo que va desde el 2 de febrero al 24 de febrero.

Pues bien, en esta tesitura, concluye el Tribunal sentenciador que la Administración Penitenciaria no ha funcionado con la diligencia debida en el control de las medidas de seguimiento del Sr. C., de modo que durante más de quince días, el acusado estuvo absolutamente fuera del control de los servicios penitenciarios, no constando en autos el posterior informe telemático a partir del día 2 de febrero.

Y hace a la Administración Penitenciaria de la Generalitat de Catalunya responsable civil subsidiaria del perjuicio causado al menor.

Este Tribunal comparte plenamente los razonamientos del órgano sentenciador, que damos aquí por reproducidos, focalizando los motivos de esa responsabilidad de la Administración en dos extremos que consideramos determinantes: el elevadísimo grado de peligrosidad y reiteración del penado en la comisión de hechos semejantes y, en segundo lugar, que, a pesar de ello, los Servicios Penitenciarios limitaron extremadamente el control y vigilancia del condenado, hasta el punto de que: a) se hacía depender sólo del compromiso del penado el que la batería de su GPS estuviera siempre cargada; b) el informe de sus movimientos era semanal, ni diario ni con control permanente, como exigía el auto de 10 de julio de 2015 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial; c) cualquier incidencia durante ese periodo en la localización del penado no se constataba, pues, hasta el siguiente informe, lo que d) suponía, en la práctica, que era perfectamente factible que el Sr. C. estuviera totalmente fuera del control de la Administración durante, como mínimo, una semana, e) desconociéndose, por lo demás, si se enviaron puntualmente el resto de informes al Tribunal sentenciador, porque sólo obra el informe de los folios 120 y siguientes, emitido el 24 de febrero y dando razón de los movimientos desde el 18 de enero a 2 de febrero, contando, además, con que el 7 de febrero, según asevera la Sra. B. en su declaración, el GPS no tenía batería, todo lo cual f) resulta muy alarmante si tenemos en cuenta que como la propia apelante reconoce en su escrito (aunque, curiosamente, con voluntad exoneradora de responsabilidad) la propia Junta de Tratamiento ya había advertido del alto riesgo de reiteración delictiva del individuo sometido a libertad vigilada que, además, les constaba que se había negado a someterse a ningún curso de reeducación sexual (folios 139 y siguientes autos principales).

En esta tesitura es obvio que la Administración penitenciaria requerida no atendió las exigencias de la libertad vigilada tal y como fue decidida y descrita por el Tribunal sentenciador en su auto de ejecución.

Esto último guarda estrecha relación con la mención que se hace en la sentencia sobre el contenido del Real Decreto 840/2011 de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas; su

artículo 1 atribuye, con toda claridad, a la Administración penitenciaria, las competencias en ejecución de ciertas penas, recogándose en el artículo 2 las concretas penas y medidas que deberán atenderse, entre ellas, la de libertad vigilada, y refiriéndose el inciso 5 de este artículo a los establecimientos penitenciarios como los centros de la Administración penitenciaria destinados al cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.

Se da respuesta, de este modo, a la primera de las alegaciones contenidas en el escrito de apelación de la Generalitat, sobre que los hechos ocurrieron fuera de un centro penitenciario, lo que, a su entender, incumple el artículo 120.3 Código Penal. Con la legislación aplicable y en las circunstancias del caso que nos ocupa, el concepto de establecimiento donde se produce el delito va más allá, claramente, y por todo lo expuesto, del espacio físico donde ocurra el hecho punible.

En cuanto al segundo de los motivos (que no se ha producido infracción de reglamentos porque el encargado del correcto funcionamiento del GPS era el propio condenado), sólo resta decir que ése es, precisamente, el punto de inflexión de la responsabilidad de la Administración penitenciaria, porque, concedora, mejor que nadie, de las condiciones del penado y de su renuencia a someterse a programas de reeducación, dejar a su sola voluntad el control de su localización, significaba una clara infracción de sus deberes y, por tanto, un flagrante incumplimiento de reglamentos o de disposiciones de la autoridad a los que se refiere el artículo 120.3 Código Penal.

Y, por último, la alegación de la falta de conexión entre la actuación penitenciaria y los hechos cometidos también se diluye, resultando incomprensible, a la vista de todo lo razonado que la defensa de esta tercera alegación de la recurrente se apoye en que “...el braçalet localitzador era de tot punt inidoni i ineficaç per a la finalitat d’evitar la reiteració delictiva del seu portador...” porque, sabiéndolo, nada de ello advirtieron al Tribunal.

El recurso, por tanto, se desestima.

SEXTO.-...

SÉPTIMO.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, en virtud de las atribuciones que nos confiere la Constitución Española,

PARTE DISPOSITIVA

LA SECCIÓN DE APELACIÓN DE LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA HA DECIDIDO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa de C.A., de la GENERALITAT DE CATALUNYA y de SEGURCAIXA ADESLAS SEGUROS Y REASEGUROS contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 8 de febrero de 2018, en sus autos y, en su consecuencia, CONFIRMAR aquella Sentencia, declarando de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

62.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 3 DE LUGO, DE FECHA 03-03-2020

Se autoriza salida programada para realizar recorrido a pie de 22 kilómetros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Centro Penitenciario de Bonxe en el que se encuentra ingresado A.G.C., sometido a medida de seguridad privativa de libertad, se ha propuesto que se le autorice la realización de una salida programada que se llevará a cabo el día 10 de marzo de 2020, y que consistirá en "Jornada con recorrido a pie por caminos y sendas del Ayuntamiento de Outeiro de Rei con visitas a lugares específicos".

Se dio traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal, que emitió informe no oponiéndose a la a autorización de la citada salida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Visto el informe emitido por el Centro Penitenciario, procede autorizar a A.G.C. la realización de la salida terapéutica propuesta que tendrá lugar el día 10 de marzo de 2020, y que consistirá en jornada con

recorrido "a pie" de los 22 Km. por caminos y sendas del Ayuntamiento de Outeiro de Rei con visitas a lugares específicos, que se enmarca el Área Terapéutica Programa Educación Medioambiental, acompañado por otros internos y por el personal penitenciario reseñado en la propuesta remitida.

El interno se encuentra en la actualidad en el Módulo de Enfermería del centro. La Junta de Tratamiento en su sesión de fecha 20/2/2020 acuerda proponer esta salida programada, con el informe favorable del Equipo Técnico.

En el presente caso, procede autorizar la salida terapéutica del interno, salida que puede favorecer su positiva evolución tratamental y contribuir a su futura reinserción a la vida en libertad.

En virtud de lo expuesto, dispongo:

Se autoriza con respecto a A.G.C., condenado a medida de seguridad privativa de libertad, la partición en la salida programada de tipo terapéutico que tendrá lugar el día 10 de marzo de 2020, conforme al programa remitido, con el acompañamiento de los profesionales del centro previsto en la programación de la salida, debiendo remitirse a este Juzgado informes-valoración de dicha salida así como cualquier incidencia que se produzca.

LIBERTAD VIGILADA

LEY 23/2014 Y LIBERTAD VIGILADA

63.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 3 DE MADRID DE FECHA 30-12-2016

No se puede transmitir suspensión con libertad condicional si no hay medidas de libertad vigilada.

HECHOS

I.- Por auto de este Juzgado de fecha 28 de noviembre de 2016 se acordó denegar la transmisión a las autoridades italianas de la suspensión de la ejecución y libertad condicional adelantada a las 2/3 partes de la condena, a disfrutar en su país de origen y residencia, Italia, concedida por este Juzgado al penado Celso del Centro Penitenciario de MADRID VI ARAN-JUEZ, resolución que recayó tras iniciar los trámites de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea, en ejecución del auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de noviembre de 2016.

II.- Notificada dicha resolución a las partes por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso que se admitió a trámite y del que se dio traslado al interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- Precisar que el recurso que cabe con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, contra el auto de este Juzgado denegando la transmisión, es el de reforma, del que se informaba en la resolución

recurrida, al no remitir dicho precepto a ninguna norma especial sino a las generales previstas en el ordenamiento jurídico, por lo que es aplicable lo dispuesto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento que únicamente admiten la apelación en los supuestos expresamente previstos (artículo 217), y no lo está en este caso, por lo que el recurso interpuesto, al haberse hecho dentro del plazo de tres días se ha admitido como de reforma, al corresponder la calificación de los recursos al juez de instancia, en una interpretación acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española de 1978.

II.- El recurso parece desconocer, pese a la claridad expositiva, y el carácter didáctico, de los términos utilizados en la resolución recurrida, el alcance de dicha resolución y el de la Ley 23/2014, que faculta a las autoridades españolas para transmitir resoluciones penales, pero no le obliga, pese a los intentos del recurrente de retorcer el tenor literal de la referida Ley, y de la Decisión Marco 2008/947/JAI que implementa.

En primer lugar, hay que aclarar, que una cosa es autorizar a cumplir cualquier beneficio penitenciario en un país distinto a España, y otra transmitir el control de la ejecución del mismo a la autoridad de dicho país. Y con arreglo a nuestra legislación, lo primero puede hacerse con autorización judicial, antes y después de la Ley 23/2014, sin necesidad de transmitir el control de la ejecución, siempre que consienta el propio interesado.

El artículo 197 del Reglamento Penitenciario no se opone a ninguna norma imperativa, porque faculta al juez en caso del consentimiento del penado, a autorizar el disfrute de la libertad condicional de un extranjero ilegal en el país de su nacionalidad, o a un español residente legalmente en el extranjero, a disfrutarla en su país de residencia, disposición ésta última aplicable también a los ciudadanos de la Unión Europea que tienen libre circulación y residencia en cualquier país de la Unión Europea, y que permite, no obliga, a utilizar los cauces previstos en instrumentos internacionales. El auto de 3 de noviembre de 2016 de la Sección 5ª, de hecho, confirma íntegramente la resolución de este Juzgado sobre libertad condicional, incluyendo lo dispuesto sobre el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, simplemente establece un complemento, y si es complemento es algo que se supone se podría haber acordado por el juez cuando dicta la resolución, y, en ese momento, no se podía haber acordado la transmisión porque ni se había iniciado el procedimiento ni se podía iniciar sin que previamente existiera una decisión firme de libertad condicional.

Pero es que además, aun cuando no existiera dicho precepto reglamentario la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional también podría disfrutarse en el extranjero, en el ámbito de la Unión Europea, al existir un espacio único de libertad, seguridad y justicia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 83.3 del Código Penal, al que remite expresamente el artículo 90 del Código, que permite al juez fijar un lugar de residencia donde disfrutar de la suspensión de la ejecución de la pena, sin establecer ningún límite territorial.

Y esa posibilidad está clara cuando la propia Ley 23/2014 prevé la posibilidad de que se inicien sus trámites cuando el penado se encuentre ya en el Estado en donde reside legalmente (artículo 96.1 c. de la Ley).

Por tanto, el alcance de la norma es distinto al expresado por el recurrente.

III.- La Ley 23/2014, regula conjuntamente en una única ley todos los instrumentos de reconocimiento mutuo que con anterioridad se regulaban cada uno en leyes específicas, y en cada uno de ellos lo que hace es establecer un procedimiento que incluye una serie de trámites tras los cuales la autoridad competente del Estado de emisión, decide si transmite o no, y lo debe hacer en auto motivado, de tal manera que la iniciación de los trámites no significa que necesariamente deba acordarse la transmisión.

Lo que la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid acordó es que por la autoridad competente, que es el Juez de Vigilancia, no la Audiencia Provincial, se iniciaran los trámites de esa Ley, sin imponer la resolución que recaiga tras concluir los trámites, pues si lo que hubiera acordado es la transmisión, no se hubiera tenido que iniciar ningún trámite sino que la resolución de la Audiencia sería el título que sin necesidad de ningún otro trámite lo autorizaría, pero es que en tal caso pecaría de incongruencia por exceso, al pronunciarse sobre algo que no era objeto del procedimiento.

Desde el punto de vista procesal, en ningún caso la Audiencia podría haber acordado lo que pretende el recurrente, porque el objeto del procedimiento en que se planteaba era exclusivamente la procedencia o no de la libertad condicional, que es lo que se sometió a informe del Fiscal, sin que éste, sin atentar contra la independencia judicial, y excederse de sus atribuciones, pueda informar sobre otra cosa que lo que se le somete a informe, pues el procedimiento de la Ley 23/2014, en todo caso, es un procedimiento distinto al de la libertad condicional porque tiene como presupuesto y

sólo puede iniciarse cuando existe una resolución de libertad condicional firme, y ésta no existe cuando se remite a informe del Fiscal la procedencia de la libertad condicional.

La iniciación de procedimientos es una competencia exclusiva del juez, y el Fiscal no puede arrogarse ninguna competencia en esa materia, máxime cuando en el caso de este concreto instrumento de reconocimiento mutuo (artículos 93 a 100 de la Ley) ni siquiera se le reconoce legitimación para instarla, previendo únicamente la ley la audiencia del Fiscal cuando se plantea por la autoridad judicial, única autoridad que igualmente puede iniciar dicho procedimiento, retirar el certificado (artículo 100 de la Ley).

IV.- Está muy claro en la Ley el carácter facultativo de la transmisión para la autoridad competente del Estado de emisión, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley transcrito en la resolución recurrida, en el propio preámbulo de la ley que en su punto VIII que en relación con las normas de la resolución de libertad vigilada contenidas en el Título IV de la Ley señala: "Este título contiene tanto el procedimiento por el que las autoridades judiciales españolas pueden transmitir una resolución por la que se imponga una medida de libertad vigilada o una pena sustitutiva... El reconocimiento mutuo de estas resoluciones tiene por objeto incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos y culturales, así como mejorar el control del cumplimiento de las medidas de libertad vigilada y de las penas sustitutivas con objeto de evitar la reincidencia, teniendo en cuenta el principio de la protección de las víctimas". De nuevo utiliza el término "pueden transmitir", no utilizando ningún verbo imperativo, y el artículo 7 tampoco lo utiliza porque se refiere a que en los supuestos en que la autoridad española acuerde transmitir deberá documentarlo en un "certificado obligatorio", lo que es obligatorio es utilizar el certificado en caso de que se transmita, pero en ningún caso establece que sea obligatorio transmitir.

Pero además, es que el Preámbulo antes transcrito se refiere a que deben existir "medidas de libertad vigilada" que transmitir, no basta con una decisión de libertad condicional, y en los mismos términos el artículo 7 de la Ley citado por el Ministerio Fiscal abunda en la exigencia de que se requiera la práctica de actuaciones procesales de otros Estados, y eso sólo se da en los supuestos en los que existan medidas de libertad vigilada impuestas en el auto de libertad condicional, cuyo seguimiento se pueda transmitir a la autoridad del Estado de Ejecución, lo que no ocurre en el

presente supuesto, en que no se ha condicionado a ninguna medida de las previstas en el artículo 94 de la ley la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional anticipada a las 2/3 partes, que no tiene ningún carácter excepcional como parece dar a entender el Fiscal, al haberse suprimido dicho calificativo en la reforma operada por la L O. 1/2015 en el Código Penal.

El tenor literal de la Ley es muy claro, y no requiere de criterios interpretativos más allá de su propia literalidad. Para que pueda transmitirse es preciso que se haya dictado una resolución de libertad condicional firme y que ésta contenga algunas de las medidas de libertad vigilada que se establecen en la ley (artículos 93 y 94 de la Ley). No basta para la transmisión una decisión de libertad condicional firme si ésta no contiene medidas de libertad vigilada que controlar.

Es lo mismo que para la transmisión de sentencias firmes que impongan penas privativas de libertad establece la ley (Título III de la Ley), que define lo que se entiende por sentencia firme, pero no basta ésta para que pueda transmitirse, sino que es preciso que en ella se condene a una pena privativa de libertad, cuya ejecución es lo que propiamente se transmite.

Se desconoce la base legal de la "singular" interpretación realizada por el recurrente, que se dirige a este Juzgador en términos jurídicos desconocidos por este operador y la doctrina jurídica existente, que exceden del marco del derecho de defensa, cuando contrastado ese criterio no está avalado por ningún Fiscal, pues se ha comprobado que sostienen el mismo criterio que la resolución recurrida el Fiscal Delegado de Vigilancia Penitenciaria en Cataluña, Ramiro, en las ponencias "Resolución de libertad vigilada" y "La ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea. Breve referencia al título preliminar y al título i, títulos iii y iv. (actualizados conforme a las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo). Anexo práctico para fiscales de vigilancia penitenciaria en los supuestos de trasmisión de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad y resoluciones de libertad vigilada (libertad condicional)"; y la Fiscal Delegada de Cooperación Jurídica Internacional, María Teresa Vicente Calvo, en la ponencia "Reconocimiento mutuo en la Unión Europea de sentencias y resoluciones de libertad vigilada al amparo de la ley 23/2014 de 20 de noviembre", extraídas de la página web de la fiscalía www.fiscal.es, pronunciadas en cursos de formación de la Fiscalía, sin que se haya encontrado ninguna en sentido coincidente con el recu-

rente. Y en los mismos términos se ha interpretado por el Servicio de relaciones internacionales del Consejo General del Poder Judicial en la Guía sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales de libertad vigilada.

V.- El Código Penal español, faculta, no obliga, al Juez de Vigilancia, a condicionar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional a alguno de los deberes o prohibiciones que se contienen en el artículo 83 del Código Penal para la suspensión de la ejecución de la pena, alguno de los cuales se considera medida de libertad vigilada a efectos de transmisión conforme a lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 23/2014, de tal manera que es muy frecuente que se concedan suspensiones sin someterlas a ninguna condición, como en el presente supuesto, sin que por ello se altere el que se trate de una suspensión de ejecución de la pena, sin que se haya cuestionado nunca que una suspensión de condena sin sujeción a condición pueda disfrutarse en el país de residencia del penado, puesto que mientras se tiene la condena total o parcialmente suspendida (libertad condicional) no se está cumpliendo pena, y, por tanto, no rige la territorialidad de la ejecución de la pena, sin que por ello se merme la posibilidad de control de la posible comisión de nuevos delitos que puedan dar lugar a la revocación de la libertad condicional, al existir intercambio de información entre los registros de antecedentes penales de los países de la Unión Europea, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 7/2014, sobre intercambio de información de antecedentes penales y efectos de las resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, y poderse recabar el auxilio de Interpol, Europol, o de los Fiscales de otros países de la Unión Europea, como ya venía ocurriendo antes de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

Así en el del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Madrid en el expediente n° 397/2010, relativo al interno Claudio, en el que se había autorizado a cumplir en Alemania la libertad condicional de un ciudadano italiano residente en Alemania, por la Fiscalía alemana se comunicó la existencia de un nuevo procedimiento penal y el ingreso en prisión provisional por el mismo, que dio lugar a la suspensión de la libertad condicional, comunicándose con posterioridad la condena en sentencia firme que dio lugar a su revocación; y, por otro lado, la dificultad a que alude puede también darse en las suspensiones de ejecución del resto de la pena y libertad condicional que se disfrutaban en España, pues, salvo excepcionales supuestos en que se limiten los desplazamientos, una persona con suspensión de ejecución de pena puede viajar al extranjero, puesto que no

está cumpliendo pena, y puede cometer delitos en otros países, comunitarios o no. Sin que, en ningún caso, pueda equipararse el disfrute en país de residencia con la expulsión del artículo 89 del Código Penal porque ésta se realiza sin precisar el consentimiento del penado y supone períodos larguísimos de prohibición de entrada (de 5 a 10 años), pudiendo acordarse la expulsión incluso de los ciudadanos europeos cuando obtienen la libertad condicional.

Esa posibilidad de que las autoridades españolas tengan conocimiento de condenas penales impuestas en otros países queda además patente por lo dispuesto en el artículo 94 bis del Código Penal tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, que obliga a tener en cuenta las condenas firmes de otros Estados de la Unión Europea.

Tampoco puede aceptarse lo afirmado por el recurrente de que la libertad condicional sea una modalidad de cumplimiento, puesto que tras la reforma del Código Penal es una suspensión y no un período de cumplimiento. En ningún caso se está cumpliendo pena mientras se está en libertad condicional. Y aunque se disfrute en el extranjero la autoridad española sigue controlando dicha libertad, tal como se desprende de la práctica penitenciaria diaria, que el recurrente parece desconocer.

Tampoco es acorde con la realidad que no se controle el posible retorno a España, porque se da traslado a la Policía española de las decisiones de libertad condicional a disfrutar en el extranjero para que comuniquen la entrada en España y son frecuentes las detenciones, puesta a disposición del Juzgado de Vigilancia, y revocación de la libertad condicional por tal motivo. Desconoce de nuevo el recurrente la práctica penitenciaria y la eficiencia de la Policía española. Además, como se señala en el auto recurrido este control es más fácil que lo pueda realizar la autoridad española que la del país de transmisión en caso de que ésta se acordara.

Por tanto, no se ve afectado el control de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional por la autoridad española, aunque se disfrute en el extranjero, debiendo recabarse por ésta información de los correspondientes Registros de Penados, y en su caso, otras autoridades policiales o fiscales, antes de procederse a la remisión de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 87 en relación con el 90 del Código Penal.

VI.- En relación con la nulidad que interesa el Ministerio Fiscal, no precisa en que causa de nulidad de las previstas en el artículo 238 de la de la

Ley Orgánica del Poder Judicial incurre el auto recurrido. Dicho precepto, establece que:

"Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1- Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2- Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3- Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4- Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

5- Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.

6- En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

Pues bien, la resolución se ha dictado por órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido en la ley y sin producir indefensión, por lo que procede la desestimación del recurso al no incurrir el auto en ningún vicio determinante de la nulidad.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación S.S^a.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra auto de fecha 28/11/2016 que denegaba la transmisión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional adelantada a las 2/3 partes del penado Celso del Centro Penitenciario de MADRID VI ARANJUEZ, manteniéndose íntegramente dicha resolución.

64.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 16-01-2018

Se desestima recurso del Ministerio Fiscal. No es necesario que la libertad condicional a disfrutar en el país de origen se tramite conforme a la Ley 23/2014 como resolución de libertad vigilada.

I. HECHOS

UNO.- Remitida propuesta de libertad condicional por el Centro Penitenciario de Topas, por auto 2 de mayo de 2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 del Código penal y el artículo 197 del Reglamento Penitenciaria se acordó conceder la LIBERTAD CONDICIONAL, por extinción de las tres cuartas partes de la condena, al interno extranjero Gumersindo, condicionada a que cumpliera el resto de la pena en su país, RUMANIA, con prohibición de entrar y/o residir en territorio español durante el tiempo restante de cumplimiento de la condena.

DOS.- Presentado recurso de reforma por el Ministerio Fiscal, impugnado por el interno, fue desestimado por auto de 13 de junio de 2017, teniéndose por interpuesto el recurso de apelación subsidiario, dándose traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para formular alegaciones al amparo de lo previsto en el artículo 766.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TRES.- El Ministerio Fiscal y el Letrado D. Patricio Sánchez Cortés, en representación del interno Gumersindo, presentaron escritos con las alegaciones que constan en los mismos.

CUATRO.- Lo actuado se elevó a este Tribunal, donde tuvo entrada el día 18-10-2017, señalándose día para la deliberación y fallo, trayéndose a la vista para dictar la resolución oportuna. Turnándose la ponencia, ha correspondido a la Magistrada Suplente, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El auto recurrido concede la LIBERTAD CONDICIONAL al interno Gumersindo, quien el pasado 17-10-2016 cumplió las tres

cuartas partes de la pena de nueve años de prisión que le fue impuesta por esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia por un delito de agresión sexual y una falta de lesiones en sentencia de 6-6-2008, estando clasificado en tercer grado desde el 27-3-2017. De acuerdo con lo previsto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, tratándose de un extranjero sin residencia legal en España y previa conformidad del interno, se estableció como condición que el resto de la pena se cumpla en su país de origen, RUMANIA, y que se mantengan los requisitos tenidos en cuenta para su concesión, debiéndose hacer efectiva cuando pueda realizar el viaje a su país, con acompañamiento policial al aeropuerto para asegurar la efectividad de lo acordado.

El Fiscal no se opone a la concesión de la libertad condicional, si bien interesa que dicho beneficio se tramite por la vía del Título IV de la Ley 23/14 de Reconocimiento Mutuo, como resolución de libertad vigilada, para que se garantice que el penado cumple unas reglas de conducta inherentes a la concesión de la Libertad Condicional, dado que el interno es comunitario y que Rumania ha implementado la Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre de 2008, que tiene por fin trasladar la obligación de vigilancia del cumplimiento de estas medidas a la autoridad competente del país de destino del condenado, y que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 96.1 de la de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

El auto desestimatorio del recurso de reforma señala que el artículo 1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre (de la Ley de Reconocimiento Mutuo), y el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2008/947/JAI declaran que las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución, y que el artículo 93.1.a de la de la Ley de Reconocimiento Mutuo incluye dentro de su ámbito las resoluciones firmes por las que se imponga una pena o medida privativa de libertad o alguna de las medidas previstas en el artículo 94 a una persona física cuando con su cumplimiento se acuerde la libertad condicional. El artículo 94 de la Ley de Reconocimiento Mutuo establece las medidas de libertad vigilada que son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea (obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo, prohibición de entrar en determinadas localidades, etc.). Concluye que lo que se transmite no es la ejecución de la decisión de libertad condicional sino las concretas reglas de conducta a las que se condiciona

la resolución de libertad vigilada que enumera el artículo 94, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 99, la autoridad judicial española dejará de tener competencia para adoptar resoluciones ulteriores salvo declaración en contra del estado de ejecución o bien (artículo 20.1 DM) cuando la persona se fugue o deje de tener su residencia legal en el estado de ejecución.

Concluye el juez de vigilancia penitenciaria que dado que la única regla de conducta establecida en el auto recurrido es la prohibición de entrar y residir en territorio estado español durante el tiempo de cumplimiento de la condena –hasta el 17/1/2019–, no se está imponiendo ninguna de las medidas a que se refiere el artículo 94. En cualquier caso, si el penado incumpliera la prohibición de entrar en España significaría que se ha fugado del estado de ejecución, por lo que ex artículo 20.1 DM la competencia retornaría al juez de vigilancia penitenciaria español –juez que concedió la libertad–. Señala, asimismo, que el Ministerio Fiscal no ha solicitado ni en su informe inicial ni en el recurso de reforma la imposición de ninguna regla de conducta. Por todo ello deniega la tramitación solicitada por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal basa su recurso, en esencia, en la falta de adopción de otras reglas de conducta, fuera de la adoptada, que estima básicas e inherentes a la concesión de la libertad condicional, de naturaleza esencialmente revocable, citando expresamente la presentación periódica ante el órgano responsable de seguimiento de la libertad condicional y la obligación de comunicar los cambios de domicilio o actividad laboral, solicitadas en su recurso de reforma de 10/5/2017, sino que además se adoptan siempre por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria salvo en caso de ciudadanos de la UE, eludiendo así la aplicación de la Ley 23/14 y dejando fuera de todo control al liberado, provocando así un agravio comparativo respecto a los internos españoles o a aquellos que no regresan a su país y desnaturalizando la libertad condicional, configurada como una modalidad de suspensión de la condena –artículos 90 y ss– tras la última modificación del Código Penal .

SEGUNDO.- La cuestión a dilucidar es, en esencia, si con la regulación actual la concesión de la libertad condicional a un interno de nacionalidad rumana que ha aceptado regresar a su país, sujeta, como única regla, a la prohibición de regresar o residir en España, debe suponer, necesariamente, la emisión de una resolución de Libertad Vigilada en los términos del

Título IV de la Ley 23/14, de Reconocimiento Mutuo, de tal forma que se traspase la obligación de vigilancia del cumplimiento de las medidas de libertad condicional a la autoridad competente de Rumania –país de destino del condenado–.

Para responder a la cuestión planteada es necesario dilucidar si las reglas de conducta a que se refiere el artículo 94 de la Ley de Reconocimiento Mutuo deben adoptarse en todo caso o si, por el contrario, su adopción es facultativa, en virtud de las circunstancias del caso concreto, correspondiendo la valoración de las mismas y la necesidad de la adopción o no de una o más reglas al juez de vigilancia penitenciaria.

Hay que señalar que el beneficio de la libertad condicional ha sufrido una profunda transformación como consecuencia de la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, siendo los jueces de vigilancia penitenciaria quienes han venido considerando si resultaba aplicable, en el caso concreto, el artículo 90 del Código penal en la redacción previa a su reforma, como norma más favorable al interno, o bien en su configuración actual, como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena.

En el presente caso el Ministerio Fiscal parte de la premisa de considerar que el auto recurrido concede la libertad condicional bajo la configuración actual de la misma como una modalidad de suspensión, resultando claro, por el contrario, de los términos bajo los que ha sido adoptada la decisión, que la misma se ajusta a la configuración del instituto previo a la modificación operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Así, en primer lugar, el texto del artículo 90 del Código penal citado por el auto de 2-5-2017 responde a la redacción del precepto anterior a la reforma; en segundo lugar, no se contiene referencia alguna al plazo de suspensión de dos a cinco años a que se refiere el artículo 90.5 último párrafo en su actual redacción. El apartado 2 del artículo 90 del Código penal en la redacción anterior a la reforma establecía expresamente que el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, PODRÁ imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 –entre las que se hallan, precisamente, la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España (96.3.2º) y la libertad vigilada (96.3.3º)–. Como puede verse, no se refiere al artículo 106 del Código penal, que establece el contenido de la libertad vigilada, definido por las medidas señaladas en dicho precepto. El artículo 83 en su anterior redacción contenía, asimismo, la posibilidad

—que no obligación— de que el juez o tribunal sentenciador condicionara la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que se le hubiere impuesto de entre las señaladas en dicho precepto. En suma, pues, hay que concluir que la adopción de las reglas de conducta a que se refiere el escrito del Fiscal no resultan de necesaria adopción para la concesión de la libertad condicional en la configuración de la misma previa a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que para los extranjeros no residentes legalmente en España el artículo 89 del Código penal, tanto en su redacción actual como en la anterior, establece un régimen de cumplimiento de las penas de prisión en el que se prevé específicamente la expulsión del territorio español, sin que se contenga en el mismo referencia alguna a las medidas que integran la libertad vigilada regulada en el artículo 106 del Código penal. En el mismo sentido, si bien referido a otro supuesto, el artículo 108 del Código penal contiene aún, tras la reforma de la LO 1/2015, la previsión de la expulsión del extranjero no residente legalmente en España como medida sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, insistiendo, por tanto, en el diseño de la expulsión como instrumento alternativo a la libertad vigilada, idea que destila la vigente redacción de los artículos 80 a 108 del Código penal aún después de la entrada en vigor de la Ley 23/14, de Reconocimiento Mutuo, que permite el control por parte de los órganos competentes extranjeros del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a los nacionales de otros Estados de la Unión Europea que regresen a sus Estados por un juez o tribunal español.

En consecuencia, el recurso se desestima.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás sustantivos y procesales de general aplicación, en atención a todo lo expuesto, la SECCIÓN SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Valencia.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 2 de mayo de 2017, confirmado por auto de

13 de junio de 2017, ambos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, CONFIRMANDO íntegramente dicha resolución y declarando las costas de oficio.

65.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, DE FECHA 2-10-2018

Denegación de transmisión de condena en virtud de la Ley 23/2014 al no acreditarse la posibilidad de cumplimiento de la libertad vigilada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 10 de mayo de 2018, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 2 de Aragón, con sede en Zaragoza, denegó la autorización para que el interno Celso de nacionalidad Rumana cumpla el resto de su condena en su País de origen.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso por el letrado en representación procesal de Celso, recurso de apelación, formalizándose dicho recurso que se admitió a trámite en ambos efectos, y previo emplazamiento de las partes, se elevaron las actuaciones a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

TERCERO.- Formado el oportuno Rollo de Apelación nº 901 una vez remitidas las actuaciones, comparecidas las partes, nombrado Magistrado Ponente y cumplido todo lo demás de ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la vista de lo actuado vemos que el Juez a quo ha denegado, con acierto, la autorización para que el recurrente cumpla el resto de la condena en su País de origen tras dar cumplimiento a los trámites establecidos en el artículo 68 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre y funda su resolución fundamentalmente en la naturaleza del delito cometido y por el que cumple condena y el tiempo que resta para el cumplimiento definitivo de la pena habiéndose cumplido recientemente la mitad siendo la fecha de

licenciamiento definitivo el día 19 de junio de 2021 por lo que considera prematura la concesión de dicha autorización.

Pero esta no es la única razón para la denegación pues también ha tenido en cuenta el hecho de no haber satisfecho las responsabilidades civiles dimanantes del delito por el que cumple condena y que, habiéndose acordado por el Tribunal sentenciador la medida de libertad vigilada post-penitenciaria, no se ha acreditado que en su país de origen pueda darse cumplimiento a tal medida.

En definitiva esta sala considera que la resolución acordada por el Juez a quo, y ahora sometida a censura, es correcta y se ajusta a Derecho

SEGUNDO.- Por todo lo cual y de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal con fecha 9 de enero de 2018 ratificada por los de 9 de mayo y 27 de julio del mismo año, procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- Las costas de esta segunda instancia se declaran de oficio.

VISTOS los artículos de aplicación.

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación formulado por el Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y de Celso contra el auto de fecha 10 de mayo de 2018, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Aragón, seguido en dicho Juzgado en expediente núm. 136 de 2017, resolución que se confirma y con declaración de oficio de las costas de este recurso.

66.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN VEINTIUNA, DE FECHA 19-09-2019

No se puede transmitir la ejecución de la pena al haberse impuesto la medida de libertad vigilada y no estar concretado su contenido.

HECHOS

PRIMERO.- En el expediente personal de referencia el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Cataluña acordó mediante auto de fecha 25 de julio de 2019, denegar la transmisión de la ejecución de la condena impuesta al penado en el procedimiento Ejecutoria XX/17 de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona para que continúe el cumplimiento del resto de la pena en Rumanía. Contra dicha resolución presentó la defensa letrada del interno recurso de apelación que tuvo entrada en el del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el día 16 de agosto de 2019.

SEGUNDO.- Admitido recurso de apelación interpuesto por la defensa del interno, al que se ha opuesto el Ministerio Fiscal, se elevaron los particulares necesarios a esta Sala, formándose el rollo correspondiente y quedando las actuaciones para su resolución.

El ponente expresa el criterio unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución recurrida acuerda denegar la transmisión de la ejecución de la pena privativa de libertad solicitada por el interno, con la finalidad de que su cumplimiento se lleve a efecto en Rumanía puesto que la pena impuesta al interno, además de la privativa de libertad, consiste en libertad vigilada, que a falta todavía de concreción, no podría ser ejecutada en Rumanía. Frente a dicha resolución el apelante muestra su disconformidad y solicita su revocación, invocando infracción de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Y ello porque el propio interno solicita el traslado y la alegada imposibilidad de cumplimiento en Rumanía de la libertad vigilada que tendría que concretarse en el futuro, no tendría por qué impedir el cumplimiento de la misma en Rumanía, si se establece para ello, con la autoridad judicial de dicho país el contacto y la coordinación pertinentes.

SEGUNDO.- El penado fue condenado como autor responsable de un delito consumado de trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual, en concurso medial con un delito de determinación y explotación de la prostitución, previstos y penados en los artículos 177 bis.1.b) y 188.1 del Código Penal en su redacción vigente al momento de los hechos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndose además al condenado la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria valora para denegar la transmisión de la ejecución que "la medida de libertad vigilada es una medida de seguridad indeterminada en el momento que se impone y su concreción solamente se puede hacer en el momento final del cumplimiento de la pena privativa de libertad a la que va aparejada y en consecuencia dicha libertad vigilada no es transmisible en esta fase procesal de cumplimiento en la que se encuentra el penado, ya que el título IV solo permite la transmisión de medidas concretas y aún no está concretada ni se pueda concretar. De modo que si se aceptara la transmisión de la condena a Rumanía por la pena de prisión, la libertad vigilada quedaría inejecutada, inejecución que es inadmisibile".

Con carácter general debe señalarse que no existiría, a priori, ningún impedimento para que se pudiera transmitir la ejecución de la pena por una libertad vigilada. De hecho la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea tiene su fundamento en la necesidad de reunir en un texto conjunto todas las decisiones marco y la directiva aprobadas en el seno de la Unión Europea en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales para incorporarlas el Derecho español y ello, como señala la exposición de motivos de la Ley, para evitar la dispersión normativa y facilitar su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho.

Dos de estas Decisiones Marco son la 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, en virtud de la cual se permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena o medida privativa de libertad

sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción del condenado.

Y la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero.

De tal modo que el cumplimiento de las condenas a libertad vigilada en otro Estado miembro estaban ya previstas en la Decisión Marco señalada y su regulación se incorporó a la Ley 23/2014 título IV.

Ahora bien la libertad vigilada contemplada en el artículo 93 y siguientes de la Ley 23/2014 no se identifica plenamente con la libertad vigilada del Código Penal español. La Ley 23/2014 no se refiere a medidas seguidas del cumplimiento de la pena privativa de libertad todavía sin determinar, sino aquellas que suponen una alternativa al cumplimiento de la pena privativa de libertad: la libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada; la suspensión de la condena, bien en parte o bien en su totalidad; la sustitución de la pena por otra que imponga una privación de un derecho, una obligación o una prohibición que no constituya ni una pena o medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria; además de una condena condicional mediante la cual se impone una o más medidas de libertad vigilada, pudiendo, en su caso, diferir de forma condicional la pena privativa de libertad impuesta).

Bajo el concepto de libertad vigilada de nuestro Código Penal se agrupan por un lado todas las medidas de seguridad no privativas de libertad y por otro una nueva modalidad de medida de seguridad postpenitenciaria.

Por ello, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal "la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto

imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.

En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1)".

Y precisamente esta especial configuración de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento jurídico que sigue al cumplimiento de una pena privativa de libertad, impide que en el momento en que se está cumpliendo la pena de prisión se pueda determinar el contenido y alcance de la libertad vigilada. El mismo únicamente podrá ser concretado –y en su caso modificado o suspendido– en un procedimiento donde intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria tras ser informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. "Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada" (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Podría argumentarse que a efectos de poder transmitir la ejecución tanto de la pena como de la libertad vigilada, podrían concretarse ya en este momento las medidas que han de integrar el contenido de la libertad vigilada. Sin embargo ello no es posible, por cuanto en este momento el penado está cumpliendo la pena privativa de libertad y por tanto está siendo sometido al oportuno tratamiento penitenciario, desconociéndose cuál será la medida más adecuada para la libertad vigilada que permita por una parte proteger a la víctima del delito y por otra conseguir la total rehabilitación y la reinserción social del penado al finalizar su estancia en prisión. De hecho está previsto que la libertad vigilada se haga o no efectiva en función del pronóstico de peligrosidad del penado, el cual tiene que ser analizado en un momento inmediatamente anterior al de extinguir la pena privativa de libertad.

Por ello el procedimiento para la fijación del contenido de la libertad vigilada previsto en el artículo 106.2 del Código Penal prevé que el mismo se lleve a cabo cuando apenas faltan unos meses para el cumplimiento de la condena: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado".

En consecuencia, no pudiéndose concretar en este momento el contenido de la libertad vigilada, debiéndolo establecer el Juez de Vigilancia Penitenciaria en función de la evolución tratamental del penado y que el mismo debe establecerse en fechas cercanas al cumplimiento de la pena privativa de libertad, debe considerarse que la libertad vigilada no está todavía concretada, por lo que no es transmisible su ejecución a otro país de la Unión Europea, al no estar concretadas ninguna de las medidas del artículo 94 de la Ley 23/2014. Por ello procede en este momento confirmar la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestimando la transmisión de la ejecución de la pena impuesta a Augusto.

Por todo ello procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA RESUELVE: DESESTIMAMOS el recurso de apelación presentado por la defensa de Augusto contra el Auto de fecha 25 de julio de 2019 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Catalunya que se denegaba la transmisión de la ejecución de la condena impuesta al

penado para el cumplimiento de la misma en Rumanía y en consecuencia CONFIRMAMOS dicha resolución.

67.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 3 DE VILLENA, FECHA 15-01-2020

No se puede transmitir una condena al llevar aparejada una libertad vigilada. Falta de concreción del contenido de la misma.

HECHOS

PRIMERO.- Por el interno en el Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, se ha remitido solicitud para cumplir el resto de su condena en su país de origen (Rumanía). Se le ha nombrado para ello Letrado del turno de oficio.

SEGUNDO.- El interno ha ratificado dicha solicitud a presencia de la fedataria judicial.

TERCERO.- Evacuado el preceptivo traslado Ministerio Fiscal, éste lo ha emitido en los términos que constan en autos, a los cuales me remito.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre la posibilidad de transmitir una condena a pena privativa de libertad, la cual lleva aparejada una medida de libertad vigilada, todo ello de conformidad a lo dispuesto en Ley 23/2014, resulta sumamente ilustrativo el auto de 19 de septiembre de 2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21, rec. 1106/2019:

Bajo el concepto de libertad vigilada de nuestro Código Penal se agrupan por un lado todas las medidas de seguridad no privativas de libertad y por otro una nueva modalidad de medida de seguridad postpenitenciaria. Por ello, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 512010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 1011995, de 23 de noviembre, del Código Penal "la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando

el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1).

Y precisamente esta especial configuración de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento jurídico que sigue al cumplimiento de una pena privativa de libertad impide que en el momento en que se está cumpliendo la pena de prisión se puede determinar el contenido y alcance de la libertad vigilada. El mismo únicamente puede ser concretado –y en su caso modificado o suspendido– en un procedimiento donde intervienen, tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria tras ser informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. "Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada" (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Podría argumentarse que a efectos de poder transmitir la ejecución tanto de la pena como de la libertad vigilada, podrían concretarse ya en este momento las medidas que han de integrar el contenido de la libertad vigilada. Sin embargo ello no es posible, por cuanto en este momento el penado está cumpliendo la pena privativa de libertad y por tanto está siendo sometido al oportuno tratamiento penitenciario, desconociéndose cuál será la medida más adecuada para la libertad vigilada que permita por una parte proteger a la víctima del delito y por otra conseguir la total rehabilitación y la reinserción social del penado al finalizar su estancia en prisión. De hecho está previsto que la libertad vigilada se haga o no efectiva en función

del pronóstico de peligrosidad del penado, el cual tiene que ser analizado en un momento inmediatamente anterior al de extinguir la pena privativa de libertad.

Por ello el procedimiento para la fijación del contenido de la libertad vigilada previsto en el artículo 106.2 del Código Penal prevé que el mismo se lleve a cabo cuando apenas faltan unos meses para el cumplimiento de la condena: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que asilo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que, habrá de observar el condenado".

SEGUNDO.- A la vista de ello, no pudiéndose concretar en este momento el contenido de la libertad vigilada, estimo que no es transmisible su ejecución a otro país de la Unión Europea al no estar concretadas ninguna de las medidas del artículo 94 de la Ley 23/2014.

Por todo ello procede denegar la solicitud.

Vistas las disposiciones legales citadas, y demás de general y pertinente aplicación;

DISPONGO:

No ha lugar a autorizar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta al interno en su país de origen.

68.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LUGO, FECHA 23-04-2020

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la estimación del recurso interpuesto frente al mismo. Sí es posible la transmisión de la libertad vigilada cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad.

HECHOS

ÚNICO. En el presente procedimiento se dictó con fecha 7 de octubre de 2019 auto por el que se acordaba transmitir la ejecución de la pena impuesta al penado en la ejecutoria dimanante del Sumario Ordinario de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia para que ésta se lleve a efecto en Rumania.

En la actualidad no ha comenzado la ejecución de la condena en el estado de ejecución.

Recibida providencia de la Sección tercera la Audiencia Provincial de Valencia en la que consta que el reo tiene pendiente el cumplimiento de libertad vigilada por tiempo de seis años cuyo contenido resta por concretar, se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informare sobre si este particular constituye un inconveniente para el traslado del penado a Rumania tal y como se había acordado. El Ministerio Fiscal ha informado que no procede transmitir una pena privativa de libertad cuando lleva aparejada una condena a medida de seguridad postpenitenciaria al no estar previsto en la Ley 23/14 el reconocimiento mutuo de resoluciones relativas a penas o medidas privativas de libertad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En el presente caso, se dictó con fecha 7 de octubre de 2019 auto por el que se acordaba transmitir la ejecución de la pena impuesta al penado en la causa Ejecutoria, dimanante de la causa Procedimiento Sumario Ordinario, de la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Valencia para que ésta se lleve a efecto en Rumania.

Según resulta de las actuaciones, se impuso al penado también la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años a cumplir con posterioridad a la pena de prisión, teniendo pendiente el cumplimiento de la misma cuyo contenido resta por concretar.

Teniendo en cuenta que la pena privativa de libertad que actualmente está cumpliendo el interno lleva aparejada una condena a medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria (artículo 106 del Código penal), dicha circunstancia constituye un obstáculo para la transmisión de la pena privativa de libertad, al no estar previsto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, el reconocimiento mutuo de resoluciones relativas a penas o medidas no privativas de libertad, como ha informado el Ministerio Fiscal.

Atendido lo anterior, procede dejar sin efecto la transmisión de la ejecución de la condena impuesta al penado a fin de que continúe el cumplimiento de la pena de prisión en España, y posterior cumplimiento de la libertad vigilada que también le ha sido impuesta, con retirada del certificado (artículos 13 Decisión Marco 20081909/JAI y 74 Ley 23/2014, de 20 de noviembre).

PARTE DISPOSITIVA

Se deja sin efecto la transmisión de la condena impuesta al penado acordada por auto de 07/10/2019, debiendo continuar el cumplimiento de la pena de prisión en España.

Se acuerda la retirada del certificado, poniéndolo en conocimiento del Estado de ejecución previa a su traducción.

Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda, de fecha 17-06-2020

HECHOS

PRIMERO.- En el expediente PYQ, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Galicia-Lugo, dictó un Auto con fecha 23 de abril de 2020 en el cual acordó dejar sin efecto la transmisión de la condena impuesta al penado que había acordado por Auto de 7 de octubre de 2019, disponien-

do que debe continuar el cumplimiento de la pena de prisión en España y la retirada del certificado, poniendo en conocimiento del Estado afectado, previa traducción.

El interno, asistido por el Letrado, interpuso recurso directo de apelación contra aquella resolución, al cual se opuso el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial se turnaron a esta Sección con el número de RVP y se pasaron al Magistrado ponente para que, previa deliberación de la Sala, dictara la resolución procedente. Siendo ponente de esta resolución la Magistrada A.R.

Y de acuerdo con los siguientes;

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Galicia-Lugo, dictó un Auto con fecha 23 de abril de 2020 en el cual acordó dejar sin efecto la transmisión de la condena impuesta al penado que había acordado por Auto de 7 de octubre de 2019, disponiendo que debe continuar el cumplimiento de la pena de prisión en España.

La Disposición Adicional 5ª apartado 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformada por ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo, establece que "Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa".

Distingue así, la ley, entre resoluciones dictadas «en materia de ejecución de penas» –materia prevista en el apartado anterior– y aquellas otras referidas al régimen penitenciario y demás materias distintas de la ejecución de penas.

Excluye además de la apelación las resoluciones de los Jueces de Vigilancia dictadas al resolver «un recurso de apelación contra resolución administrativa siempre que no se trate de la clasificación de los penados».

De ahí la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- El argumento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para reconsiderar su decisión de transmitir la condena del interno recurrente a su país de origen –Rumania–, basado en el criterio del Ministerio Fiscal, es que la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea no prevé la transmisión cuando la pena privativa de libertad lleva aparejada una medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria.

Dicha ley, en su Preámbulo VIII hace expresa referencia que su Título IV contiene las normas de la llamada resolución de libertad vigilada, que establecen el régimen de la transmisión y ejecución de resoluciones adoptadas en el marco de medidas consecutivas a la condena, y a que "El reconocimiento mutuo de estas resoluciones tiene por objeto incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos y culturales, así como mejorar el control del cumplimiento de las medidas de libertad vigilada y de las penas sustitutivas con objeto de evitar la reincidencia, teniendo en cuenta el principio de la protección de las víctimas".

Su Artículo 1 dispone que en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución; y su artículo 2 que "1. Se entiende por instrumento de reconocimiento mutuo aquella orden europea o resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en el mismo. 2. Los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en esta Ley son los siguientes: ... c) La resolución de libertad vigilada".

Ya en el Título IV rubricado "Resolución de libertad vigilada" el artículo 93 dispone que "1. Las sentencias cuyo régimen de reconocimiento y ejecución se regula por este Título son aquellas resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se imponga una pena o medida privativa de libertad o alguna de las medidas previstas en el artículo 94 a una persona física, cuando en relación con su cumplimiento se acuerde: a) La libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada. b) La suspensión de la condena, bien en parte o bien en su totalidad, imponiendo

una o más medidas de libertad vigilada que pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte. c) La sustitución de la pena por otra que imponga una privación de un derecho, una obligación o una prohibición que no constituya ni una pena o medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria. d) De acuerdo con el Derecho del Estado de emisión, una condena condicional mediante la cual se impone una o más medidas de libertad vigilada, pudiendo, en su caso, diferir de forma condicional la pena privativa de libertad impuesta".

Se observa claramente, por tanto, que en el primer apartado del artículo 93 de la Ley objeto de estudio se refiere a una serie de supuestos en que la libertad vigilada es una medida que forma parte de la ejecución de la condena privativa de libertad. No, por tanto, a la posible libertad vigilada postpenitenciaria.

Sin embargo, el apartado 20 del propio artículo 93 establece que "Se rigen también por las disposiciones de este Título el reconocimiento y ejecución de la resolución de libertad vigilada cuando se hubiera adoptado por la autoridad competente para la ejecución de la pena o medida privativa de libertad en el Estado de emisión".

Aquí lo único a lo que se refiere la ley es a que la libertad vigilada se haya acordado por la autoridad competente para la ejecución de la pena o medida privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador, sin excluir que dicha libertad vigilada haya de ser ejecutada después del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por tanto, desde este punto de vista temporal de la libertad vigilada, no hay por qué excluir dicha posibilidad.

A la misma conclusión llegamos con la comprobación de la correlación entre las medidas de libertad vigilada que la Ley 23/2014 permite transmitir con aquellas que el Tribunal sentenciador puede imponer al amparo del Código Penal.

Efectivamente, según el artículo 94 de la citada ley "Son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes las siguientes medidas de libertad vigilada: a) La obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio 'o lugar de trabajo. b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o de ejecución. c) La imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de

ejecución. d) Los requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites o determinen modalidades del ejercicio de una actividad profesional, e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica. f) La obligación de evitar todo contacto con determinadas personas. g) La obligación de evitar todo contacto con determinados objetos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales. h) La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación. i) La obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. j) La obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada. k) La obligación de someterse a un tratamiento terapéutico o de deshabitación".

Y según el Artículo 106 del Código Penal "1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o de/lugar o puesto de trabajo. d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal, e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) La prohibición de residir en determinados lugares. i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico".

En resumen, todas las medidas que se pueden imponer con arreglo al Código Penal son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado

miembro de la Unión Europea, según el artículo 94 de la Ley 23/2014, cuyo artículo 93.20 sólo exige que la libertad vigilada se haya acordado por la autoridad competente para la ejecución de la pena o medida privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador, sin excluir la posibilidad de que dicha libertad vigilada haya de ser ejecutada después del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Todo lo cual, por lo demás, resulta coherente con los explicaciones que ofrece el Preámbulo de la ley analizada cuando señala que su régimen relativo a la llamada resolución de libertad vigilada se refiere a las adoptadas en el marco de medidas consecutivas a la condena, y a su finalidad de incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado... teniendo en cuenta el principio de la protección de las víctimas".

TERCERO.- Así las cosas, y por las razones expuestas, el Tribunal no está de acuerdo con la resolución recurrida.

En el concreto caso que nos ocupa, además, el Tribunal sentenciador –Sección 321 de la Audiencia Provincial de Valencia– ya ha manifestado su conformidad con el traslado del penado a efectos de cumplir el resto de la pena de prisión en su país de origen. Simplemente recordó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que a la expiración de dicha pena le resta por cumplir la libertad vigilada por tiempo de 6 años que le impuso en su Sentencia, cuyo contenido resta por concretar, a los efectos de que formule sus propuestas en los términos legales. Lo cual podría ser realizado, incluso, antes del traslado del interno, para la simplificación de trámites.

En consecuencia vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el interno y revocar la resolución recurrida del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria –Auto 23/04/2020–, en el sentido expuesto.

LIBERTAD VIGILADA Y EXPULSIÓN

69-. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEGUNDA DE LUGO, DE FECHA 16-07-2014

Una vez decretada la sustitución íntegra de la pena por la de expulsión, ésta se debe ejecutar aunque la pena lleve aparejada una medida de libertad vigilada.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, ha visto, en juicio oral y público, el Rollo de Sala (P. Ordinario-Sumario), dimanante del Procedimiento Ordinario, instruidos por el Juzgado de Instrucción número dos de Lugo, por un delito de agresión sexual en grado de tentativa, contra:

J.M., actualmente ingresado en el Centro Penitenciario de Bonxe, representado por la Procuradora, y asistido del Letrado.

Interviene como acusación pública el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Esta causa se inició en virtud de denuncia, incoándose diligencias por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Lugo, que posteriormente se transformó en Procedimiento Sumario Ordinario. Se celebró al juicio oral en el día de hoy en la Sala de Vistas de este Tribunal.

SEGUNDO. La representación del Ministerio Fiscal, formuló escrito de acusación contra J.M. presunto autor de un delito de agresión sexual en grado de tentativa, de los artículos 178, 179 y 57 del Código penal, en relación con los artículos 16 y 62 del citado Código. Solicitó que se le impusiera la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a la víctima a una distancia inferior a 600 metros a cualquier lugar donde se encuentre así como a su domicilio, lugar de trabajo y de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 7 años así como el sometimiento a la medida de libertad vigilada por tiempo de dos años durante los cuales deberá asistir a programas formativos de educación sexual u otro similar. Costas.

De conformidad con el artículo 99.1 del Código penal se interesó que en la sentencia se sustituya la pena de prisión por la de expulsión de territorio nacional y prohibición de entrada en España durante 9 años atendidas la duración de la pena solicitada y las circunstancias concurrentes.

De acuerdo a la disposición adicional decimoséptima, en su párrafo segundo, de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en caso de que se dicte sentencia condenatoria y se acuerde la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión, el Fiscal interesa se proceda al cumplimiento inmediato de la pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario en tanto se ejecutan los trámites de la expulsión, que deberá hacerse efectiva en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes.

En el supuesto de que dictada sentencia en que se acuerde la expulsión, el penado no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, se interesa conforme al artículo 89.6 del Código penal, el ingreso del penado en un centro de internamiento a los efectos de asegurar la expulsión, y en tanto se ejecutan los trámites de la expulsión, que deberá hacerse efectiva en el plazo más breve posible y en todo caso dentro de los sesenta días máximos que prevé el artículo 62.2) de la Ley 412000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social debiendo cesar el internamiento una vez finalizado dicho plazo de sesenta días.

En caso de no acordarse la sustitución del artículo 89 del Código penal, en cumplimiento de la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, al concurrir una infracción de las normas de extranjería por ser el acusado residente ilegal, una vez finalizado el procedimiento comuníquese dicha finalización a la autoridad gubernativa. En caso de dictarse sentencia condenatoria y si se trata de un delito cuya pena en abstracto supera el año de prisión, comuníquese la condena impuesta a la autoridad gubernativa correspondiente.

En concepto de responsabilidad civil, el procesado deberá indemnizar a la víctima en la cantidad de 3.000 euros por los daños morales causados con aplicación del artículo 1108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO La defensa del procesado, en sus conclusiones provisionales, negó y rebatió el escrito de acusación, solicitando la libre absolución de J.M con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO. En el acto del juicio oral, el Ministerio Fiscal modificó la petición de pena, que ahora sería de TRES AÑOS DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO. El resto de conclusiones provisionales las elevó a definitivas. El Letrado defensor mostró su conformidad con la pena solicitada; asimismo, el propio procesado, reconoció de forma expresa los hechos que se le imputan y se conformó con la pena formulada en el acto del juicio por el Ministerio Fiscal.

QUINTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Y así se declaran: El procesado J.M., sin residencia legal en España, mayor de edad y condenado por sentencia firme de fecha 20-1-2010 a la pena de 12 meses multa como autor de un delito del artículo 380 del Código penal, por sentencia firme de fecha 6/5/2011 a la pena de 6 meses de prisión como autor de un delito de robo con fuerza y por sentencia firme de fecha 10/1/2012 a la pena de 14 meses multa como autor de un delito de daños, sobre las 23,30 horas del día 8/6/2012, con el propósito de satisfacer sus instintos sexuales, siguió a la víctima, hasta su domicilio. Al llegar al portal de la vivienda, el procesado le pidió a la víctima que lo dejara pasar pues iba a visitar a un amigo que vivía en el primer piso, una vez en el interior del portal entraron en el ascensor subiendo hasta la séptima planta, pues el procesado le dijo a la víctima que subiera que después ya bajaba él. Al llegar a la séptima planta la víctima abrió la puerta del ascensor momento que el procesado le cogió las nalgas con ambas manos, sujetándola con fuerza, diciéndole ella "que te pasa, hijo de puta", intentando abrir la puerta de su domicilio, procediendo el procesado a intentar bajarle los pantalones al tiempo que se frotaba contra ella diciéndole "que te voy a follar, que te voy a follar", bajándose sus pantalones, comenzando la mujer a gritar pidiendo auxilio, no logrando el acusado penetrarla dada su resistencia y a que salió a la escalera el compañero de piso de la mujer alarmado por los gritos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Dada la solicitud del Ministerio Fiscal y de la defensa del procesado, con la modificación realizada por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, con la que se mostraron conformes el procesado y su defensa, y atendiendo a que la pena solicitada no excede del límite penológico establecido por el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que no se estima que los hechos carezcan de tipicidad penal o que concurra cualquier circunstancia determinante de exención de pena o de su preceptiva atenuación, ha de dictarse sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

SEGUNDO. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el aquí acusado deberá abonar las costas de este juicio.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al presente caso,

FALLAMOS

Que debemos de condenar y condenamos a J.M como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual en grado de tentativa, de los artículos 77, 179 y 57 del Código Penal en relación con los artículos 16 y 62 del citado Código, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo; y prohibición de acercarse a la víctima a menos de 600 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 7 años; así como el sometimiento a la medida de libertad vigilada por tiempo de 2 años durante los cuales deberá asistir a programas formativos de educación sexual u otro similar.

De conformidad con el artículo 89.1 del Código penal se sustituye la pena de prisión por la de expulsión del territorio español así como la prohibición de entrada en España durante los nueve años siguientes a que la expulsión se haga efectiva.

En concepto de responsabilidad civil, el aquí condenado, deberá indemnizar a la víctima en la cantidad de 3.000 euros por los daños morales

causados con aplicación del artículo 1108 del Código Civil y 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2ª, de fecha 04-03-2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16/07/2014, se dictó por esta Sala, sentencia, firme en fecha 13/0/2014, por la que se condenó a J.M, como autor de un delito AGRESIONES SEXUALES, a la pena de tres años de prisión, acordándose en la misma sentencia la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del mismo a su país de origen.

SEGUNDO.- En fecha 27 de enero del presente año se ha remitido oficio del Centro Penitenciario de Bonxe en el que se interesaba saber si la expulsión era ejecutable en el momento actual, del cual se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo preceptuado por el artículo 89 del Código penal "las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, podrán ser sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España."

En el presente caso, se acordó por sentencia la sustitución de la pena de prisión del penado J.M. por la expulsión durante los nueve años a que dicha expulsión se haga efectiva y, examinado el estado de la presente ejecutoria, la Sala considera que no existen motivos para no llevar a efecto dicho pronunciamiento.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda llevar a efecto la expulsión, acordada en sentencia, del penado J.M. del territorio nacional, al que no podrá regresar sino transcurridos nueve años contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena, medida que se llevará a efecto desde la firmeza de este auto, comunicándose al centro de internamiento correspondiente.

70.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA ÚNICO DE MURCIA, DE FECHA 27-07-2020

Se propone la sustitución de la medida de libertad vigilada por la expulsión a su país de origen, dados los factores que dificultan la reinserción social del penado en España.

Dada cuenta, por recibido el anterior expediente informado de Fiscalía, en fecha de 23107/2020, únase a estos autos de su razón; y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Por sentencia firme dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 14/07/17, origen de la ejecutoria, se impuso a G.A. la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años, cuyo contenido no aparece concretado en el fallo dictado, si bien se puntualiza que deberá ejecutarse con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del Código penal el expresado figura condenado como autor de un delito de abusos sexuales sobre menor de 13 años, a la pena de 3 años de prisión; está previsto que su licenciamiento se produzca el próximo día 01-12-2020.

SEGUNDO: Que se ha recibido de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Murcia II el informe técnico previsto en el artículo 23 del R.D. 840/11 y en la Instrucción 19/11 de cumplimiento de las medidas

de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria, del que se ha conferido traslado al Ministerio Fiscal, obrando emitido el dictamen de 23/07/2020 que obra en autos; recibido que ha sido el informe, el que no se opone a que la medida de libertad vigilada sea sustituida por la expulsión del territorio nacional conforme propone la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, han quedado las actuaciones sobre la mesa de la proveyente para resolver.

TERCERO: En la tramitación del presente expediente se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 98.1 del Código penal: "A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene".

Paralelamente, el artículo 97 establece que: "Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta

el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

SEGUNDO: En el caso de autos, se informa por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario que el interno, de nacionalidad ecuatoriana y que cuenta con 45 años de edad, se encuentra irregularmente en territorio español, carece de trabajo ni posibilidades de reinserción laboral, no tiene arraigo social ni familiar en España, presenta carencias importantes en formación y no tiene domicilio conocido, al punto de al no contar con un arraigo socio-familiar estable, el centro -penitenciario ha debido de contactar con un centro de acogida de mujeres, Asociación Beto, para que la acojan cuando se licencie.

Dos son las variables que se han de valorar en el caso de autos, por un lado los graves y grandes factores de inadaptación al entorno socio-laboral que van a presidir la vida en libertad de la penada en nuestro país, pues carece de autorización para residir y trabajar en el mismo, carece de oferta laboral, desconoce el idioma y no tiene vinculación familiar alguna en territorio español, al punto de no tener domicilio alguno, habiendo manifestado su voluntad de regresar a su país; por otro lado, atendida la naturaleza del delito por el que fue condenado -delito de abusos sexuales sobre menor de 13 años-, la peligrosidad del sujeto -sigue latente y es que hay que atender a la información que se nos participa relativa a no haber llegado a tomar conciencia de la gravedad delictiva ni haber mostrado empatía para con la víctima del delito, minimizar el delito y haber manifestado expresamente su falta de interés en realizar -el programa específico de tratamiento para agresores sexuales que se le ofreció en prisión, afirmándose por los técnicos que la asunción de su responsabilidad delictiva es muy pobre.

Por ello, estando orientadas no solo las penas privativas de libertad sino también las medidas de seguridad y la libertad vigilada post-penitenciaria pertenece a este segundo grupo, a la reeducación y reinserción social- y evidenciándose que, -en el caso de autos, son- grandes y de entidad los factores concurrentes que dificultan en gran medida las posibilidades de reinserción del penado en nuestro país y evidenciándose que el carecer de domicilio fijo o estable en nuestro país va a dificultar -sobre manera cualquier control o seguimiento del mismo, es por lo que, se entiende oportuno proponer la sustitución de la libertad vigilada postpenitenciaria que se ini-

ciaría el próximo día 01/12/2020 por su expulsión del territorio nacional a partir de dicha fecha y durante un periodo de 10 años conforme al artículo 108 del mismo cuerpo legal; y todo ello, conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal y al amparo de lo dispuesto en el artículo 98 del Código penal que permite al Juez de Vigilancia Penitenciaria proponer al Juzgado o Tribunal Sentenciador la sustitución de una medida de libertad vigilada que haya de ejecutarse después dl cumplimiento de una pena privativa de libertad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Por S.S^a SE ACUERDA: PROPONER a la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Murcia LA SUSTITUCIÓN, en los términos prevenidos en los artículos 98 y 108 del Código Penal, DE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA POST-PENITENCIARIA impuesta al penado en sentencia firme recaída el día 14-07-2017, origen de su EJECUTORIA, por SU EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL DURANTE UN PERIODO DE 10 AÑOS, a partir de la fecha de su excarcelación 01/12/2020.

CONTENIDO DE LA LIBERTAD VIGILADA

71.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL N° 2 DE CEUTA, DE FECHA 10-02-2020

Se modifica, eliminado la obligación de participar en programa formativo sexual.

HECHOS

PRIMERO.- En el marco de la presente Ejecutoria derivada de sentencia de fecha 26 de febrero de 2018 en que el penado fue condenado por Delito de Abuso Sexual a la pena de dos años de prisión imponiéndosele igualmente la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta, se dictó Auto de fecha 19-8-2019 en el que se imponían al penado las medidas que habría de observar en el periodo de cinco años de libertad vigilada tras la ejecución de la pena privativa de libertad.

SEGUNDO.- En fecha 3 de diciembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Ceuta dictó sentencia firme en el seno de las Diligencias Urgentes condenando al citado penado como autor de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código penal a la pena de cuatro meses de prisión, ingresando por dicha causa en el Centro Penitenciario de Ceuta.

TERCERO.- Teniéndose conocimiento de dicha condena y considerando el incumplimiento de las obligaciones impuestas en su día para la libertad vigilada al referido penado, por este Juzgado se procedió a dar cuenta de las incidencias acaecidas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta a los efectos de que, previa propuesta, se pudieran llevar a cabo los trámites legales para la posible modificación de las obligaciones y/o prohibiciones previamente acordadas en el Auto de medidas de libertad vigilada de fecha 19-8-19 conforme a lo dispuesto en los artículos 106 y 98.3 del Código penal, de manera que, interesados oportunos informes del Equipo Técnico del Centro Penitenciario (psicólogo y trabajador social, especialmente) acerca de la eventual modificación o, en su caso, mantenimiento de las medidas impuestas inicialmente al penado, fue remitido

dicho informe al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, dictándose por ese Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Auto de 4 de febrero de 2020 acordando elevar nueva propuesta a este Juzgado sobre modificación de las medidas impuestas en el anterior Auto de 19-8-19 en relación a la medida de libertad vigilada por cinco años impuesta en la sentencia de origen de esta ejecutoria.

CUARTO.- A continuación, se procedió a citar en comparecencia al penado -para ser oído- asistido por su defensa, así como a la acusación particular y al Ministerio Fiscal con arreglo a lo establecido en el artículo 98.3 del Código penal, en relación a la nueva propuesta elevada por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, habiendo tenido lugar el día de hoy, con el resultado que obra en el soporte de grabación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Establece el artículo 106 del Código Penal que "2.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este código.

En estos casos, al menos das meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta el Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado....

3. Por el mismo procedimiento del art. 98 del Código penal, el Juez o Tribunal podrá:

- a) modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas,
- b) reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considera innecesaria y contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas;

c) dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se de en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número dos del presente artículo.

4.- En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código".

SEGUNDO.- En el presente caso, ha de considerarse la nueva propuesta de las medidas a adoptar para la Libertad vigilada contenida en el Auto de fecha 4 de febrero de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta tras la recepción de los informes del Equipo Técnico del Centro Penitenciario (que evidencian determinadas circunstancias de inestabilidad, inmadurez, déficits personales, sociales y de razonamiento que podrían indicar baja capacidad intelectual en el penado determinando no ser susceptible de desarrollar el programa específico de educación sexual que se le impuso) y habida cuenta de que en poco tiempo dicho penado ha incumplido obligaciones que inicialmente se le impusieron en su momento.

Trasladada al Ministerio Fiscal dicha propuesta efectuada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, no se opone a lo planteado por dicho Juzgado ni a lo informado por los técnicos del Centro Penitenciario, adhiriéndose igualmente a ello tanto el Letrado de la acusación particular como la Letrada de la defensa, mostrando igualmente su conformidad el penado en el acto de la comparecencia.

En consecuencia, procede acordar las siguientes medidas que habrá de observar el penado en el periodo de cinco años de libertad vigilada a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, según se le impuso en sentencia al resultar adecuadas, necesarias y convenientes al caso concreto:

PRIMERO.- Mantener las medidas nº 1 a nº 6 impuestas en el anterior Auto de fecha 19 de agosto de 2019, en concreto:

1º). La obligación de presentarse semanalmente en el Juzgado de Guardia del lugar donde fije su domicilio o residencia habitual, debiendo a tal

efecto designar dicho domicilio en comparecencia efectuada ante el SCEJ en el plazo improrrogable de 3 días desde su puesta en libertad, y entendiéndose que si no lo verifica en tal plazo se considerara que dicho penado fija en Ceuta su domicilio o residencia habitual.

2º) La obligación de comunicar inmediatamente -y como máximo en el plazo de una semana- a través de comparecencia al efecto, cada cambio que efectúe de su lugar de residencia o domicilio, o del Jugar del lugar o puesto de trabajo.

3º) La prohibición de ausentarse de su lugar de residencia o domicilio sin autorización judicial.

4º) La prohibición de aproximarse a la víctima en un radio de 100 metros, ni a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que ella se encuentre.

5º) La prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio o procedimiento.

6º) La prohibición de desempeñar cualquier tipo de actividades en que intervengan menores de edad, al poderle ofrecer o facilitar la ocasión de cometer hechos delictivos de similar naturaleza por los que ha sido condenado.

SEGUNDO.- SE DEJA SIN EFECTO la medida 7º) correspondiente a la obligación de participar en programa formativo de educación sexual, habida cuenta de que el penado no ostenta los requisitos de inclusión necesarios para desarrollar el programa para la intervención con agresores sexuales, si bien ACORDANDO en su lugar imponer al penado la obligación de seguir tratamiento médico externo con controles médicos periódicos mensuales en la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario de Ceuta, en atención a su patología psicológica, debiendo remitir dicha Unidad de Salud Mental al SCEJ informes periódicos mensuales de cada asistencia así como informes de posibles incidencias que pudieran acontecer, comenzando el penado la primera visita en dicha Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario de Ceuta al día siguiente de su salida del Centro Penitenciario, debiendo presentarse en la referida Unidad de Salud Mental, la cual deberá ir citando al penado para las siguientes visitas mensuales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, por S.S^a., por ante mí el Secretario Judicial.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO imponer al penado las siguientes medidas que habrá de observar en el periodo de cinco años de Libertad Vigilada a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta:

PRIMERO.- Se mantienen las medidas nº 1 a nº 6 impuestas en el anterior Auto de fecha 19 de agosto de 2019, en concreto:

1º) La obligación de presentarse semanalmente en el Juzgado de Guardia del lugar donde fije su domicilio o residencia habitual, debiendo a tal efecto designar dicho domicilio en comparecencia efectuada ante el SCEJ en el plazo improrrogable de 3 días desde su puesta en libertad, y entendiéndose que si no lo verifica en tal plazo se considerara que dicho penado fija en Ceuta su domicilio o residencia habitual.

2º) La obligación de comunicar inmediatamente –y como máximo en el plazo de una semana– a través de comparecencia al efecto, cada cambio que efectúe de su lugar de residencia o domicilio, o del lugar del lugar o puesto de trabajo.

3º) La prohibición de ausentarse de su lugar de residencia o domicilio sin autorización judicial.

4º) La prohibición de aproximarse a la víctima en un radio de 100 metros, ni a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que ella se encuentre.

5º) La prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio o procedimiento.

6º) La prohibición de desempeñar cualquier tipo de actividades en que intervengan menores de edad, al poderle ofrecer o facilitar la ocasión de cometer hechos delictivos de similar naturaleza por los que ha sido condenado.

SEGUNDO.- SE DEJA SIN EFECTO la medida 7º), correspondiente a la obligación de participar en programa formativo de educación sexual, habida cuenta de que el penado no ostenta los requisitos de inclusión necesarios para desarrollar el programa para la intervención con agresores sexuales, si bien ACORDANDO en su lugar IMPONER AL PENADO LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR TRATAMIENTO MÉDICO EXTERNO

CON CONTROLES MÉDICOS PERIÓDICOS MENSUALES EN LA UNIDAD DE SALUD MENTAL DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CEUTA, en atención a su patología psicológica, debiendo remitir dicha Unidad de Salud Mental al SCEJ informes periódicos mensuales de cada asistencia así como informes de posibles incidencias que pudieran acontecer, comenzando el penado la primera visita en dicha Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario de Ceuta al día siguiente de su salida del Centro Penitenciario debiendo el mismo presentarse en la referida Unidad de Salud Mental, la cual deberá ir citando al penado para las siguientes visitas mensuales.

REQUIÉRASE al Centro Penitenciario a fin de que informe a este Juzgado y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del domicilio donde el penado fijara su residencia una vez que cumpla la pena de prisión. De no determinarlo, se considerara que fija su domicilio o residencia habitual en Ceuta, con las consecuencias que de ello se derivan a los efectos de dar cumplimiento a las medidas impuestas.

Del mismo modo, PARTICÍPESE tal extremo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta a los efectos pertinentes.

REQUIÉRASE AL PENADO para el cumplimiento de tales medidas impuestas en el periodo de libertad vigilada, y APERCÍBASELE de las consecuencias en caso de incumplimiento.

REMÍTASE LA PRESENTE RESOLUCIÓN al Centro Penitenciario de Ceuta, así como al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta en aras al correcto seguimiento y control de la libertad vigilada a fin de pueda elevar las propuestas preceptivas de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión del art. 98.1 del C. Penal.

COMUNÍQUENSE dichas medidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a los efectos de control pertinentes.

LÍBRESE OFICIO A LA UNIDAD DE SALUD MENTAL DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CEUTA, con COPIA de la presente resolución, a fin de que den CUMPLIMIENTO A LO ACORDADO EN ELLA, y remitan los Informes periódicos y, en su caso, de incidencia señalados.

72.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA, DE FECHA 09-06-2020

Se declara no haber lugar a la sustitución de la medida de participación en programa de educación sexual.

HECHOS

PRIMERO.- En las presentes actuaciones recayó sentencia en la que se imponía al penado la medida de seguridad de cinco años de libertad vigilada, habiéndose propuesto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 4 de Castilla y León por auto de 12/5/2020 el cumplimiento de las medidas siguientes:

a) La obligación de participar en Programa de control de la Agresión Sexual (PCAS) que se llevara a cabo en el SGPMA de Palencia.

b) Prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 300 metros respecto de la menor, su domicilio, centro escolar o lugar donde esta se encuentre y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento.

c) Prohibición de toda actividad que implique tener bajo su custodia o cuidado a menores.

d) Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización de este Juzgado.

e) Obligación de presentarse trimestralmente ante el SGPMA de Palencia y cuantas veces sea citado.

SEGUNDO - Se ha conferido traslado de la citada propuesta al condenado en su representación procesal y al Ministerio Fiscal, habiéndose presentado escritos de alegaciones que se encuentran unidos a los autos y cuyo contenido se tiene aquí por íntegramente reproducido.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- En atención a lo dispuesto en el artículo 98 del Código Penal, teniendo en cuenta los razonamientos de la propuesta remitida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y las alegaciones presentadas respecto a

la citada propuesta se está en el caso de aprobar el plan de ejecución de la medida de seguridad impuesta.

Visto el precedente razonamiento jurídico y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DISPONE: Se acuerda aprobar el plan de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta en la presente causa al penado en los términos reflejados en el Hecho primero de esta resolución.

Firme que sea la presente resolución remítase testimonio al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

AUTO DE FECHA 13-11-2020, ACORDANDO EL MANTENIMIENTO DE LA MEDIDA DE PARTICIPACIÓN EN PROGRAMA DE EDUCACIÓN SEXUAL

HECHOS

I. En la presente causa, el penado fue condenado, entre otras, a la participación en programas de educación sexual durante cinco años, en los términos expresados en el artículo 106 e, f y j del Código Penal.

II. Por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Palencia, se remitió informe de 20/7/2020 en el que se exponía que el penado "no posee ninguna noción de la lengua castellana, ni hablada ni escrita. Ni siquiera posee un vocabulario mínimo, desconociendo por completo el español".

Dicha situación, según el informe referenciado, representa a su juicio un "elemento impeditivo para la realización del Programa Individualizado POAS" (Programa de Control de la Agresión Sexual).

III. Según informa la Comisaría de Policía de Palencia, por Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Palencia de fecha 17/12/2019 se ha acordado decretar la expulsión del territorio nacional –por causa de expulsión del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería–, del indicado penado; si

bien la expulsión se encuentra pendiente de ejecución debido a la situación actual de pandemia.

IV. A la vista de todo ello, por providencia de 19/10/2020 se procedió al inicio del procedimiento a que se refiere el artículo 97 c) del Código Penal con relación al 98 del mismo texto legal, recabándose informe del Ministerio Fiscal que, a su vez, instó el reconocimiento y emisión de informe pericial por parte del Instituto de Medicina Legal de Palencia.

V. En el informe de dicho Instituto, de fecha 10/11/2020, se hace constar que con relación a la «"procedencia de seguir tratamiento médico externo o someterse a un control médico periódico", se considera que al no padecer de patología psiquiátrica y ser una persona que conoce la trascendencia de sus actos, lo más conveniente en orden a su tratamiento sería el seguir y participar en programas de educación sexual, máxime teniendo en cuenta las diferencias culturales de su nacionalidad».

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I. Dispone el artículo 97 del Código Penal que, durante la ejecución de la sentencia, el tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo 98, mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta -apartado a)-o sustituir la medida de seguridad por otra que estime más adecuada de entre las previstas para el supuesto del que se trate.

II. En el supuesto que nos ocupa, el informe remitido por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Palencia acerca de una pretendida imposibilidad para la ejecución de la medida dio lugar al inicio del procedimiento aludido en el anterior razonamiento. No obstante, el informe pericial emitido por el Instituto de Medicina Legal de Palencia a instancias del Ministerio Fiscal, insiste en la conveniencia de la participación del penado en programas de educación sexual, lo cual lleva a este tribunal a reiterar el mantenimiento de la medida inicialmente impuesta. Para cuya ejecución, la administración penitenciaria, competente para la misma por disposición del Real Decreto 640/2011, de 17 de junio, deberá articular todos los medios necesarios.

Visto el anterior razonamiento jurídico y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DISPONE: No ha lugar a la sustitución de la medida de seguridad impuesta en la presente causa al penado. En consecuencia, deberá procederse a la ejecución de la medida de participación en programas de educación sexual durante cinco años, en los términos expresados en el artículo 106 e, f y j del Código Penal. Debiendo el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Palencia, utilizando los medios puestos a su disposición por la administración penitenciaria, a la ejecución de la misma.

La presente resolución no es firme y cabe frente a ella recurso de súplica en plazo de tres días siguientes a su notificación para ante este mismo tribunal.

Así por este auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba referenciados. Doy fe».

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito en caso necesario.

73.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA ÚNICO DE LA REGIÓN DE MURCIA, DE FECHA 27-07-2020

Se incluye el seguimiento y control por parte del gabinete psicológico del CIS.

HECHOS

PRIMERO: Se ha recibido, con fecha 10-06-20, en este Juzgado comunicación de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Murcia II acerca del licenciamiento previsto del interno en el mismo, para el día 28-11-2020, constando que al citado le figura impuesta en la ejecutoria que se encuentra cumpliendo, arriba referida, la medida de libertad vigilada por tiempo de 3 años, cuyo contenido no aparece concretado en el fallo dictado en fecha 31-03-16.

SEGUNDO: Que se recabó de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario el informe técnico previsto en el artículo 23 del R.D. 840/11 y

en la Instrucción 19/11 de cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria, obrando recibido informe, del que se ha conferido traslado al Ministerio Fiscal, obrando emitido el dictamen de 23-07-20 que obra en autos; tras ello han quedado las actuaciones sobre la mesa de la proveyente para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Dispone el artículo 106 del Código Penal, en sus apartados primero y segundo, que:

1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

Paralelamente, el artículo 98.1 del citado cuerpo legal establece que:

A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

SEGUNDO: Atendido el tenor del fallo contenido en la ejecutoria seguida bajo el número 28/16 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, la naturaleza de las carencias del condenado en la misma así como las soluciones y prioridades apreciadas por la Junta de Tratamiento del C.P. Murcia II y la intervención propuesta por el mismo, procede proponer al citado Juzgado/Tribunal sentenciador el plan de seguimiento de la medida de libertad vigilada impuesta en la ejecutoria citada, en los términos que a continuación se exponen.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Por S.Sª. SE ACUERDA: Proponer a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en su causa ejecutoria 28/16 el mantenimiento de la medida de seguridad de libertad vigilada post-penitenciaria establecida en el fallo de su ejecutoria respecto del condenado en la misma y que consistirá en el cumplimiento de las siguientes medidas:

Primera: Obligación del condenado de residir en el domicilio que consta en el expediente, no pudiendo trasladar su residencia a otro lugar sin previamente comunicarlo, por medio fehaciente y con quince días de antelación a este Juzgado; La duración máxima de esta medida será de 3 años a computar desde la fecha de su excarcelación.

Segunda: Obligación de comparecer cada tres meses ante el Departamento de Trabajo Social del Centro Penitenciario Murcia II y siempre que sea citado, para informar de sus actividades y justificarlas, durante un plazo máximo de 3 años a computar desde la fecha de la excarcelación.

Tercera: Prohibición de aproximación y comunicación con la víctima en los términos establecidos en la ejecutoria penada, durante el plazo máximo de 3 años, a computar desde la fecha de la excarcelación.

Cuarta: Obligación seguir tratamiento médico externo para el control sobre consumo de tóxicos y/o alcohol en el Centro de Salud de La Alberca, Centro en el que le figura concertada cita inicial para el próximo día 30-11-2020, a las 08:30 horas con la facultativo, 1ª planta, consulta número 8, la cual podrá derivarlo para verificar tal seguimiento al CAD correspondiente; en todo caso, el penado deberá seguir fielmente el tratamiento prescrito

y acudir a cuantas citas se le programen y someterse a las analíticas que se le practiquen tendentes a detectar dicho consumo. La duración de esta medida será hasta que el penado consiga su alta terapéutica y, en todo caso, con un máximo de 3 años.

Quinta: Obligación de participar en programa específico de tratamiento para el control de la agresión sexual que se desarrollará en las dependencias del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas dependiente del C.I.S. Guillermo Miranda de Murcia, en la próxima sesión que se inicie una vez que se produzca la excarcelación del penado; una vez excarcelado y hasta que dicho inicio del programa tenga lugar, el citado quedará bajo el seguimiento y control, ya telemático ya presencial, por parte del Gabinete Psicológico del C.I.S. responsable de impartir el citado programa. La duración de esta medida será la del programa referido, que viene siendo de 37 semanas.

Recábase el previo visto del Ministerio Fiscal al contenido de la presente propuesta y verificado esto, líbrese exhorto al Juzgado o Tribunal sentenciador a fin de participarle el contenido de la presente propuesta a la que se acompañará copia del acuerdo de la Junta de Tratamiento y del informe técnico de evolución del penado y todo ello a fin de que se sirva, a su vez, emitir resolución concretando el contenido de la medida de libertad vigilada impuesta en su ejecutoria, fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el artículo 106.1 del Código Penal y que habrá de observar el condenado.

74.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, SECCIÓN SEGUNDA, DE FECHA 01-02-2021

Se mantiene la obligación de participar en programas de educación sexual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 28/05/2019, en el P.A. XXX/2018 procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Luarca, Rollo de Sala XX/2018, se dictó sentencia en la que se condenó a J.A.V.G., con su conformidad,

autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual a menor de 16 años, con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño muy cualificada, a las penas de 1 año de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la prohibición de aproximación a la víctima, a su domicilio, o lugar de estudio a menos de 500 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por 2 años. Imponiéndole la medida de libertad vigilada del artículo 106, apartado J, del Código penal, durante cinco años, con la obligación de participar en programas de educación sexual.

SEGUNDO.- Incoada la correspondiente ejecutoria con el nº XX/2019, se procedió al cumplimiento de la pena privativa de libertad y estando fijado el licenciamiento definitivo para el próximo 3 de marzo, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo, con fecha 09/12/2020, se formuló propuesta de las medidas que ha de integrar la libertad vigilada, de la que se dio traslado a las partes, no mostrando oposición el Ministerio Fiscal y presentando alegaciones la representación del penado en el sentido que obra en las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- La propuesta del Plan de Ejecución de la medida de libertad vigilada remitida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 del Código penal, en relación con el artículo 98 del Código penal, se considera ha de ser rechazada teniendo en cuenta que el contenido de la medida de libertad vigilada ya había quedado fijado en la sentencia de conformidad dictada en la presente causa, por lo que no se considera que haya de modificarse, sometiendo al penado a un mayor número de medidas, sin causa alguna que lo justifique, por lo que se acuerda el mantenimiento de la ejecución de la inicialmente impuesta, sin perjuicio de lo que con posterioridad pueda decidirse en cuanto a la modificación, reducción o cese de dicha medida, a la vista de las manifestaciones efectuadas por su representación, referidas a que el Centro Penitenciario le excluyó de un programa de Educación Sexual por no considerarlo necesario.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda rechazar parcialmente la propuesta formulada el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo de medida de seguridad de libertad vigilada impuesta en la presente causa a J.A.V.G., manteniendo el contenido establecido en la sentencia, relativo a la obligación de participar en programas de educación sexual, durante el plazo de cinco años fijado.

CUESTIÓN DE COMPETENCIA

75.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 15-11-2017

Para el control de la libertad vigilada será competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al domicilio, por el principio de intermediación y operatividad práctica.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 3 de julio se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición y testimonios del Expediente 953/16 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 3 de Cataluña con sede en Lérida, planteando cuestión de competencia negativa con el de igual clase nº 5 de Valencia, Expediente 3049/17, acordando por providencia de 5 de julio, formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 4 de octubre, dictaminó: "...No tiene sentido modificar el criterio territorial, cuando el fundamento es el mismo: un control integral del sujeto. El pronóstico de potencial comisión de nuevos delitos, exige que el seguimiento de la medida se realice por el juzgado que esté más próximo al penado, con el fin de poder guiar la labor de los servicios de ejecución (que son los del lugar de residencia del penado) y adaptar el contenido de la medida al sujeto a la misma.

Precisamente este criterio de la residencia es el que determina, dentro de la Administración penitenciaria, qué equipo de ejecución interviene en el seguimiento: el de la residencia del penado, a tenor del art. 23 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio.

Por lo expuesto, suscitada cuestión entre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña y Valencia, a modo de cuestión de competencia territorial de carácter negativo, se entiende que procede resolver la misma en favor del Juzgado de Valencia".

TERCERO.- Por providencia de fecha 26 de octubre se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 14 de noviembre para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la exposición y testimonios recibidos se desprende que: La Audiencia Provincial de Tarragona condenó a Claudio por un delito de agresión sexual cometido sobre una menor de 16 años a pena privativa de libertad, y le impuso además la medida de libertad vigilada durante 5 años con obligación de someterse a tratamiento formativo en materia de educación sexual, obligación de comunicar los cambios de domicilio y trabajo y las prohibiciones de comunicación y aproximación a la víctima. Cumplida la pena privativa de libertad, se le realizó una entrevista personal el 14 de marzo de 2017 por el Servicio Territorial de Terras de l'Ebre, correspondiente al domicilio del sujeto a libertad vigilada, radicado en Tortosa. Como quiera que el penado informa que ha trasladado su domicilio a Valencia, el Servicio lo comunica al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña que mediante Auto de 19/05/17 acuerda remitir las actuaciones al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, correspondiente al nuevo domicilio, y transmitir las actuaciones al Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Valencia para que procediese a la ejecución y vigilancia de la medida. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia mediante auto de 9/06/17 rechaza la competencia al estimar que corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña por ser quien formuló la propuesta inicial al Tribunal sentenciador. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña plantea esta cuestión de competencia por estimar que ha de ser el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del domicilio del sujeto a la libertad vigilada quien controle el seguimiento de la medida de seguridad post-penitenciaria y eleve al Tribunal sentenciador los informes anuales del artículo 98 del Código penal.

SEGUNDO.- la cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor de Valencia por las razones que expone:

"La regulación legal no resuelve de modo expreso la cuestión, pero si contiene una regla, la del domicilio, que responde al principio de inmediación y operatividad práctica. El del Código penal establece, artículos 106 y 98, que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, elevará la oportuna propuesta al Tribunal sentenciador. Se refiere al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al Centro Penitenciario en que en dicho momento se

encuentra el penado finalizando el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Una vez liberado éste, impuesta la medida de libertad vigilada y concretadas las medidas por el Tribunal sentenciador, el artículo 98 del Código penal señala que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida para lo que deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de cuantas demás actuaciones ordene a este fin. Es esta actuación concreta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria –que no resuelve sobre la Libertad Vigilada pero sí informa anualmente al tribunal sentenciador de la evolución de la medida– la que se somete competencialmente al criterio de esa Excm. Sala. Posteriormente, a la vista de tales informes, art. 98.3, corresponde al Tribunal sentenciador decidir, oída la persona, la suerte de la medida. Pues bien el del Código penal nada señala acerca del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente para informar anualmente en caso de cambio de domicilio del sujeto a la medida. En el ámbito reglamentario, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, dedica el art. 23 a fijar la Competencia de la Administración Penitenciaria cuando dice:

"En los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. Viene a regular solo la competencia para la propuesta inicial. No hay regulación expresa de la intervención en las propuestas anuales que, lógicamente, deberá llevar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que hace la propuesta inicial si no existe cambio de domicilio, pero nada se dice en la regulación para este supuesto. Tampoco se contempla en la Ins-

trucción 19/2011 de IIPP, que adelanta a los 3 meses antes de la extinción de la pena la elevación de la propuesta al sentenciador (artículo 4). En el citado Real Decreto, entre las Disposiciones comunes, los arts. 24 y 26 señalan: Artículo 24 Órganos penitenciarios competentes;

“1. La Administración penitenciaria, a través de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, recibirá las resoluciones judiciales, así como los particulares necesarios, dentro de su ámbito competencial.

2.- No obstante, en el caso de la pena de localización permanente en establecimiento penitenciario, libertad vigilada postpenitenciaria y medidas de seguridad privativas de libertad, en su caso, dicha comunicación se efectuará al establecimiento penitenciario en el que se encuentre ingresado”.

Artículo 26. Traslados de expedientes

“Cuando una persona sometida a alguna de las penas, medidas o suspensión cuya ejecución regula este real decreto traslade su residencia de una provincia a otra, o a las Ciudades de Ceuta y Melilla, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al juzgado o Tribunal competente”.

Tales preceptos vienen a establecer una relación entre el lugar donde el penado tenga fijada su residencia con los SGPMA que hayan de encargarse de las medidas, entre las que hemos visto se encuentra la libertad vigilada...” No existe un pronunciamiento de esta Sala sobre esta concreta materia. Si en relación con la pena de TBC, en nuestro Auto de 14 de diciembre de 2012, ante la circunstancia del cierre de un SGPMA y la posible atribución de competencia al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que corresponde al nuevo SGPMA al que adscriben al penado, optamos por mantener el criterio competencial del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del domicilio del penado, y allí se citan los criterios arts. 24 y 26 del Real Decreto 840/2011, antes transcritos –además del argumento del juez ordinario– para fundarlo. Con ello venimos a establecer la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del domicilio del penado con independencia de que el Centro del SGMPA de dicho domicilio cierre y pase a otra localidad. Además en la medida de seguridad de internamiento, el cambio de Centro supone el cambio de juzgado, para garantizar inmediatez en las propuestas que dirija al sentenciador. Todo lo anterior engarza

con la solución de atribución de la competencia al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, como lugar de residencia del sujeto y donde, además, radica el SGMPA de dicho lugar que tiene la mayor facilidad para el control de la evolución de las medidas adoptadas en la libertad vigilada del sujeto. Se trata de un criterio que desde el punto de vista de la eficacia práctica –como argumenta in extenso y acertadamente la Exposición razonada– permite la intermediación y un más completo conocimiento del cumplimiento de las reglas para la propuesta anual que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria debe efectuar. En esta misma línea abunda el hecho de que la naturaleza de la medida de libertad vigilada es esencialmente distinta de la institución de la libertad condicional con imposición de determinadas normas de conducta. La libertad vigilada se justifica por la concurrencia de la nota de peligrosidad subsistente en determinadas personas incluso tras la extinción de la pena de prisión, mientras que dicha peligrosidad es incompatible con la suspensión del cumplimiento en prisión que implica la libertad condicional, al ser una institución directamente relacionada con la reinserción social del penado y, por ello, con el incremento de las cuotas de libertad y responsabilidad. Como señala la Exposición razonada: el sujeto a medida de libertad vigilada es todo lo contrario a un liberado condicional. Esa diferente naturaleza de ambas instituciones lleva a la consideración de que no puede considerarse que la libertad vigilada post-penitenciaria deba ser controlada aplicando el mismo criterio competencial que en la libertad condicional. Si en libertad condicional el juez que la acuerda es quien hará el seguimiento, no cabe concluir como operativo ese mismo criterio en el caso de la libertad vigilada. No es posible esa vigilancia a distancia, sin intermediación y operatividad. De ahí que el artículo 24.1 del RD antes citado establezca que el criterio de la residencia es el que determina, dentro de la Administración penitenciaria, qué equipo de ejecución interviene en el seguimiento de la libertad vigilada. Y determinado que el SGPMA será el de Valencia, el de su domicilio, resulta lógico que ello arrastre la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de dicho lugar por razones de pragmatismo e intermediación para la conexión entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del domicilio del penado y los Servicios de su territorio. Por lo expuesto la competencia debe otorgarse al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Dirimir la cuestión de competencia negativa planteada otorgando la misma al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Valencia (Expediente 3049/17) al que se le comunicará esta resolución así como al de igual clase nº 3 de Cataluña (Expediente 953/16) y al Ministerio Fiscal.

76.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA DE CÓRDOBA, DE FECHA 27-09-2017

Para la aprobación de la propuesta en relación a la libertad vigilada, se considera competente al Juzgado de lo Penal y no al Juzgado de Instrucción.

HECHOS

PRIMERO.- Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía con sede en Córdoba y de lo Penal número 4 de esta capital plantean cuestión de competencia negativa respecto del conocimiento y resolución de la propuesta de Libertad Vigilada una vez cumplida la pena que se formula en relación al penado Pelayo, en la medida en que se discute entre ambos órganos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 106.2 del Código Penal, cuál sea el tribunal sentenciador a efectos de aprobación de la propuesta de cumplimiento formulada por el Juzgado de Vigilancia, pues para éste se trata del Juzgado de lo Penal, y en cambio a juicio de este juzgado el juzgado sentenciador sería el de Primera Instancia e Instrucción de Priego, quien inicio la ejecución tras la sentencia de conformidad dictada por referido juzgado a tenor de lo dispuesto en el artículo 801.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera, incoándose el correspondiente Rollo de Sala y designándose ponente; y uniéndose al Rollo las respectivas exposiciones motivadas efectuadas por cada Juzgado.

TERCERO.- Convocadas las partes a la comparecencia prevista en el artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal informó que consideraba competente al Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba. Informando en igual sentido la letrada que defiende los intereses de la perjudicada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- La presente cuestión de competencia tiene poco recorrido a juicio de la Sala. Y es que una cosa es el tribunal ocasionalmente sentenciador cuando éste es un juzgado de instrucción dictando sentencia de conformidad y ordenando ex artículo 801. 4 el inicio de la ejecución en los casos legalmente previstos antes del reenvío de la ejecutoria al Juzgado de lo Penal correspondientes, y otra, el tribunal encargado de la ejecución propiamente dicho que no es otro, por excelencia, que el Juzgado de lo Penal, lo que se deduce de una interpretación racional y sistemática de todas las disposiciones al respecto existentes a lo largo del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así las cosas, procede declarar competente para conocer de los hechos al Juzgado de lo Penal nº 4 de esta Capital.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación la Sala

ACUERDA:

Declarar competente para conocer de los hechos que motivan la presente cuestión de competencia negativa surgida a raíz de la propuesta de Libertad Vigilada una vez cumplida la pena que se formula en relación al penado Pelayo en Ejecutoria nº XX/16 seguida en el Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba a este mismo Juzgado. Remítase testimonio del presente auto a los dos juzgados que han originado la presente cuestión de competencia, para su conocimiento y efectos.

77.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA DE CÓRDOBA, DE FECHA 23-11-2017

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente para el seguimiento y control continuo de la libertad vigilada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía, con sede en Córdoba, y de lo Penal nº 4 de esta capital plantean cuestión de competencia negativa en referencia al control de las medidas que forman parte de la libertad vigilada impuesta a Laureano.

El juzgado encargado de la ejecutoria considera que el control de las incidencias que surgieran en relación con la medida de libertad vigilada le incumbe al Juez de Vigilancia Penitenciaria, porque para poder emitir la propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma que anualmente debe realizar, conforme al artículo 98 del Código Penal, y una vez desvinculado el reo del ámbito penitenciario, debiera encargarse del seguimiento de los informes que pudieran emitir, entre otros, los cuerpos y fuerzas de seguridad encargados de la vigilancia, pues considera que, de manera análoga a lo que ocurre con el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, el control de la ejecución de la medida que nos ocupa es competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Por el contrario, el titular de este último órgano judicial estima que dicha función la realizan los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado mediante el sistema integral de registro de actuaciones judiciales (SIRAJ) y que, en caso de incumplimiento de lo acordado por el juzgado o tribunal encargado de la ejecutoria, deberían comunicarle cualquier incidencia que se produzca, procediendo, en su caso, a la detención y presentación ante el juzgado de guardia correspondiente.

SEGUNDO: Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial y turnadas a esta sección, ha sido incoado el correspondiente rollo y designado ponente, uniéndose a aquel las respectivas exposiciones motivadas que ha efectuado cada juzgado.

TERCERO: En la comparecencia prevista en el artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Ministerio Fiscal ha informado que considera competente al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- La solución de la cuestión de competencia suscitada no se opone a la premisa, ya establecida por esta sala con ocasión de otra controversia previamente entablada entre los mismos juzgados, de que el encargado de la ejecutoria en la que se inscribe la medida sea el de lo Penal nº 4, pues así lo indicamos en Auto dictado el pasado día 27 de septiembre (cuestión de competencia nº 1116/17), a cuyos razonamientos nos remitimos.

No obstante, el artículo 98.1 del Código, al que se refiere el informe elaborado por la titular de dicho Juzgado, consagra la obligación del Juez de Vigilancia Penitenciaria de remitir al sentenciador las propuestas de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, con periodicidad al menos anual, con lo que instaura la intervención del mismo como órgano proponente de cara a la adopción de decisiones, con independencia de que las mismas correspondan, sin duda, al órgano sentenciador, conforme indica el artículo 97 del propio Código.

Por ello, si el Juzgado de Vigilancia ha de elaborar con dicha frecuencia una propuesta al órgano sentenciador en los casos de una "medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad", como ocurre en el que nos ocupa y, además, ha de seguirse el mismo procedimiento, según dispone el artículo 106.3, para la modificación, reducción o cesación de la libertad vigilada, para emitir las propuestas resulta forzoso que sea el órgano judicial en el que se centralicen los informes de cumplimiento de la medida o las incidencias acaecidas en su curso, con lo que viene a exigir el Código Penal que el seguimiento ordinario de la medida que nos ocupa le incumba, en cuanto al susodicho control, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

No está reñida dicha competencia con la asignación que efectúa el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que le confiere al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competencias jurisdiccionales en materia de ejecución de medidas de seguridad, siempre en los limitados términos a

que nos hemos venido refiriendo, conforme a los artículos 98.1 y 106 del Código Penal, ni contradice la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo, que en el Auto de 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007) dejó sentado que del contenido de los artículos 97 y 105 del Código Penal se desprendería que el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad corresponde al Tribunal sentenciador y corresponde a los jueces de vigilancia penitenciaria la vigilancia de las medidas de seguridad privativas de libertad, puesto que el legislador ha introducido, con posterioridad, a raíz de la Ley Orgánica 5/2010, una nueva redacción que prevé dos protocolos de actuación, uno para los casos en que la medida de libertad vigilada deba ejecutarse "después del cumplimiento de una pena privativa de libertad" (primer párrafo del artículo 98) en que la intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es obligada, no solo para la concreción, sino también para el mantenimiento, modificación o cese (artículo 106.3), y otro, "cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad" (segundo apartado del artículo 98), en que el juez sentenciador ha de ocuparse de recabar directamente los informes acerca de la situación y evolución del penado.

Como no es esta última, sino la primera, la situación fáctica y jurídica a la que la cuestión de competencia se refiere, entendemos, por consiguiente, que la competencia para el seguimiento y control ordinario de la libertad vigilada corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que deberá asumirlos, sin perjuicio de que una vez emitidas sus propuestas, compete la resolución acerca de mantenimiento, modificación o extinción al juzgado sentenciador, conforme a lo establecido en el artículo 98 del Código.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos que corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 8, con sede en Córdoba, la competencia para conocer del seguimiento y control ordinario de la medida de libertad vigilada impuesta al condenado Laureano.

78.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA, DE FECHA 18-12-2018

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se declara incompetente respecto al control de la libertad vigilada después de la suspensión de la condena.

HECHOS

I.- El 12 de noviembre de 2018 por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia se remitió oficio en el que se hacía constar que "en virtud de lo acordado en la ejecutoria arriba indicada seguida en este Juzgado contra MANUEL por el delito de exhibicionismo y provocación sexual, remito el presente a fin de procedan para el control en el cumplimiento de la medida de libertad vigilada elevando en su caso propuesta sobre mantenimiento o cese en sustitución de las medidas impuestas de conformidad con el art. 106 en relación con el art. 97 y 98 del Código Penal, consistente en: prohibición de acudir a centros docentes donde se realice una actividad educadora con menores de edad, prohibición de desempeñar actividades que supongan tener a su guarda y cargo a menores de edad y obligación de participar en programas de educación sexual", adjuntado al mismo copia de Sentencia de 11 de noviembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Valencia contra el antes citado.

II.- El 16 de noviembre de 2018 se dictó providencia por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la que se requería al Juzgado de lo Penal número 5, al objeto de poder dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 106.2 del Código Penal y el art. 23 del Real Decreto 840/2011 de 17 de junio, participase al Juzgado el Centro Penitenciario donde está cumpliendo o ha cumplido la pena el penado, presupuesto que justifica la intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y determinaría su competencia.

III.- El 26 de noviembre de 2018 se dictó providencia por el Juzgado de lo Penal núm. 5, comunicando, conforme a lo solicitado, que la pena privativa de libertad impuesta fue suspendida por el Juzgado sentenciador por periodo de tres años y transcurrido el plazo remitida definitivamente por cumplimiento de las condiciones en su día impuestas, por Auto de ese Juzgado de fecha 12/11/2018, y que se indicase al Juzgado de Vigilancia que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11/11/2014 reconoce su

obligatoria imposición, y su ejecución, conforme a lo dispuesto en el art. 106 del Código Penal, en los supuestos de penas privativas suspendidas, y que en el presente caso el penado cumplió las condiciones de la suspensión y la sentencia firme concretó las medidas de libertad vigilada a cumplir con posterioridad, de las que este Juzgado practicó las oportunas liquidaciones y notificó al penado, remitiendo lo actuado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme al art. 106 del Código Penal, para, conforme a lo dispuesto en Sentencia del Tribunal Supremo 97 y 98 del Código Penal, efectúe propuesta de mantenimiento y o cese o sustitución por otras, adjuntando a dicha resolución nuevamente copia de la sentencia y además auto de remisión definitiva, de fecha 12 de noviembre de 2018, auto aprobando la liquidación de la pena accesoria de alejamiento, copia de las actuaciones realizadas por los servicios sociales para el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión de condena y una diligencia de ordenación de fecha 12 de noviembre de 2018 con la liquidación de medida de libertad vigilada.

IV.- Por providencia de este Juzgado de 28 de noviembre de 2018 se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que informase sobre competencia, por entender que con arreglo a lo dispuesto en los arts. 98.1 y 106.2 del Código Penal y el art. 23 del RD 840/2011 de 17 de junio, las referencias que hacen dichos preceptos a las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria respecto de la medida de libertad vigilada se refieren exclusivamente a las que deban ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, entendiéndose por tal el cumplimiento efectivo o real de dicha pena y no aquellos supuestos de cumplimiento simulado o ficticio en que la pena no llega a cumplirse como la suspensión de condena, como se desprende tanto del tenor literal de dichos preceptos como a las exposiciones de motivos de dicha disposición que hablan de excarcelación y cumplimiento material de la pena de prisión respectivamente y la última además justifica la misma atendida la inmediata relación del Juez de Vigilancia con las Instituciones Penitenciarias a las que se confió el cumplimiento material de la pena de prisión.

V.- Que remitido el expediente al Ministerio Fiscal para su informe, lo emitió dando el visto.

VI.- Con posterioridad y mientras las actuaciones estaban pendientes de informe en Fiscalía con oficio de 4 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Penal núm. 5 se remitió a este Juzgado testimonio de la liquidación,

diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2018, ya remitido con la providencia de 26 de noviembre de 2018 y Auto de 29 de noviembre de 1018 aprobando la liquidación de la medida de libertad vigilada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- Conforme con lo dispuesto en los arts. 98.1 y 106.2 del Código Penal, y 23 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, las referencias que hacen dichos preceptos a las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria respecto de la medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad (propuesta al Juez o Tribunal sentenciador para que aquel concrete el contenido de la medida, y propuesta, al menos anual, de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma) se refieren exclusivamente a las que deban ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, entendiéndose por tal el cumplimiento efectivo o real de dicha pena y no aquellos supuestos de cumplimiento sustitutivo; simulado o fingido en que la pena no llega a cumplirse como la suspensión de condena, como puede deducirse del tenor literal del art. 106.2 C.P., párrafo segundo que establece que: "En estos casos al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el art. 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el art. 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado", previsión, que carece de sentido en los supuestos en los que no se cumple la pena realmente, al igual que la previsión contenida en el párrafo siguiente en el supuesto de condenado a varias penas privativas de libertad que deben cumplirse sucesivamente ya que en los supuestos de suspensión de condena, pueden existir varias penas privativas impuestas en distintas causas que se cumplan simultáneamente, y que viene a aclarar el R.D. 840/2011, de 17 de junio que en su artículo 23, contenido en la sección 2ª, que lleva por rúbrica "de la libertad vigilada posterior al cumplimiento de pena privativa de libertad", al establecer que en los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena

privativa de libertad, y, a solicitud del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, elevará a este un informe técnico sobre la evolución del penado a los efectos previstos en el art. 106 párrafo 2, del Código Penal, y en idéntico sentido se pronuncia la Instrucción 19/2011 de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias que en su apartado cuatro al concretar la forma de llevar a cabo la previsión del art. 23 del RD citado establece "A los efectos previstos en el artículo 23 del RD 840/2011, en el caso de los penados que tengan impuesta la medida de seguridad no privativa de libertad de Libertad vigilada posterior al cumplimiento de pena privativa de libertad (arts. 96.3 y 106 del Código Penal), tres meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en el que se encuentre el penado, o de aquél al que estuviere adscrito si se hallare en libertad condicional, elevará un informe técnico al Juez de Vigilancia Penitenciaria. En dicho informe, atendiendo al pronóstico actual de peligrosidad del interno, se propondrán a la autoridad judicial de forma motivada las medidas concretas, de las recogidas en el artículo 106 del código Penal, a las que debiera ser sometido el futuro liberado. Cuando el condenado lo haya sido a varias penas privativas de libertad a cumplir de forma sucesiva, lo dicho se entenderá referido al momento en el que obtenga el licenciamiento definitivo de la totalidad de las penas". De la misma forma que carece de competencia en los supuestos en los que dicha medida de libertad vigilada postpenitenciaria se ejecuta después del cumplimiento de una pena no privativa de libertad, en los que se debe ejecutar directamente por el Juez o Tribunal sentenciador, ya que no existe relación alguna que justifique la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria respecto de un penado al que ni conoce ni ha podido conocer.

A idéntica conclusión se llega si, además del tenor literal de los preceptos, se acude a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la libertad vigilada postpenitenciaria, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal que habla de "excarcelación", y, en su apartado IV, al referirse la introducción de una nueva medida denominada libertad vigilada en su párrafo quinto dice: "...En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a esta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico

de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia mínima anual (art. 98.1)", y la Exposición de motivos del RD. 840/2011 de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de localización permanente en Centro Penitenciario de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de pena, que en su párrafo cuarto afirma, en relación con la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, refiriéndose a las competencias del juez de vigilancia penitenciaria: "...tan sólo se ha conservado su presencia en la custodia familiar y en relación con la libertad vigilada postpenitenciaria atendida en este último caso la inmediata relación del Juez de Vigilancia con las Instituciones Penitenciarias a las que se confió el cumplimiento material de la pena de prisión, tras cuyo término se activa esta modalidad de libertad vigilada", y concreta al referirse a la sección segunda del capítulo V, al afirmar que está dedicada "a la libertad vigilada postpenitenciaria", regulando la necesidad de elevación de un informe que concrete el contenido de dicha libertad vigilada por parte de la Junta de Tratamiento a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en orden a la propuesta que el mismo debe dirigir al órgano jurisdiccional competente para la ejecución. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

II.- La conclusión de la lectura literal de los preceptos citados y de las exposiciones de motivos de la Ley Orgánica en que se introdujo la libertad vigilada postpenitenciaria, y la del Real Decreto que regula su aplicación es clara en el sentido de que la competencia del Juez de Vigilancia en relación con la medida de libertad vigilada postpenitenciaria se refiere exclusivamente a las que deban ejecutarse después del cumplimiento material o real de la pena privativa de libertad, único supuesto en el que pueda hablarse de excarcelación sin que puedan equipararse a dicho cumplimiento las formas sustitutivas de cumplimiento de la pena como la suspensión de condena, supuesto en los que el Juez de Vigilancia, cuya competencia viene determinada por el Centro Penitenciario donde se encuentre cumpliendo condena el interno (art. 106.2 C.P.), no tiene relación alguna con el penado.

Tampoco puede extraerse conclusión contraria a la misma de la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2014 citada por el Juez de lo Penal en su providencia, toda vez que el objeto de dicha resolución, la ratio decidendi, es si debe imponerse o no la medida de libertad vigilada en los supuestos en los que se suspende la ejecución de la pena en una condena por delito que lleva aparejada la misma siendo la conclusión positiva, es decir que debe imponerse en todo caso, pero no aborda el tema de la competencia para la ejecución de la misma, remitiéndose a los preceptos que regulan dicha medida y la alusión que realiza a la posibilidad de que la libertad vigilada se ejecute con posterioridad a la suspensión de la condena se hacen en un obiter dicta, por lo que no tiene carácter vinculante al no integrar la jurisprudencia y sin que se pronuncie sobre la competencia para el seguimiento de la medida en dichos casos.

III.- Y en el presente caso, el interno no ha ingresado en Centro Penitenciario alguno a cumplir condena, como informa el Juez de Ejecutorias, sino que la pena le fue suspendida y remitida, por lo que el Juez de Vigilancia, al no existir cumplimiento material de la pena de prisión, ni excarcelación, ni relación alguna con el penado, carece de competencia para el control de dicha medida no privativa de libertad, y, por ello debe encargarse de la misma el Juez o Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el art. 98.2 del Código Penal, al tratarse de medidas de seguridad no privativas de libertad.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la incompetencia de este Juzgado para conocer del seguimiento de la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta por el Juez de lo Penal número 1 de Valencia en sentencia de 11 de noviembre de 2015 por la que se condenaba a MANUEL, remitida a este Juzgado por el Juzgado de lo Penal número 5 de Valencia especializado en ejecutorias, acordando la inhibición en favor del Juzgado de lo Penal número 5 de Valencia, debiendo devolverse las actuaciones por el mismo conducto de su recibo al Juzgado de procedencia por ser el competente, dejando testimonio de las mismas en el expediente de este Juzgado.

79.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 2 DE MADRID, DE FECHA 08-10-2020

La competencia para el seguimiento y control de la libertad vigilada postpenitenciaria le corresponde al Tribunal sentenciador.

HECHOS

I.- Con fecha 18/9/2020 se procedió a la incoación de la presente medida de seguridad de libertad vigilada impuesta al penado por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª en la ejecutoria.

II.- Tras practicarse las diligencias que se estimaron oportunas y cuyo resultado consta en el expediente, se ha remitido el mismo al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentirlo que consta en el expediente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- Se recibió en este Juzgado comunicación del Centro de Inserción Social Josefina Aldecoa para que se adoptasen las medidas necesarias para el Cumplimiento de la Libertad Vigilada impuesta al penado.

La Medida deviene de la condena impuesta en virtud del artículo 164 en relación con 163.1 del Código penal. El seguimiento de la medida, al ser facultativa su imposición por el tipo de delito por el que fue condenado no parece se compagine bien con el carácter imperativo del párrafo 2º del artículo 106 del Código penal.

Dicha medida de seguridad se impuso en consideración a la apreciación de la eximente incompleta de alteración psíquica.

Por lo tanto, tratándose la libertad vigilada de una medida de seguridad no privativa de libertad (artículo 96.3.3º del Código penal), la competencia para el seguimiento de la misma viene establecido en el artículo 98 del Código penal.

Antes de la reforma del artículo 98 por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, no existía una posición unánime doctrinal y jurisprudencial sobre la intervención de les Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el ámbito de las medidas no privativas de libertad Así aunque algunos Autos del Tri-

bunal Supremo determinaban la competencia del Tribunal Sentenciador (Autos 40 de 31 de marzo de 2000 y 8 de octubre de 1999), alguna que otra Audiencia, como la de Alicante afirmaba la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Por su parte la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de fecha 21 de febrero de 2007, señalaba la competencia del tribunal Sentenciador cuando se trataba de ejecución aislada de la medida no privativa y la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cuando se trataba de ejecución conjunta y por lo tanto, a la vez, de medidas privativas y no privativas de libertad.

Tras la nueva redacción del artículo 98 operada por la Ley Orgánica 5/2010, el tema ha quedado clarificado, de tal manera que en su apartado segundo, se atribuye al Tribunal Sentenciador el control directo de las medidas de seguridad no privativas de libertad y en su apartado primero se atribuye la competencia al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, solo cuando se trate de medidas de seguridad privativas de libertad o de la nueva libertad vigilada postpenitenciaria (artículo 106.2) y que debe ejecutarse después del cumplimiento. Así la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone de manera facultativa o preceptiva, a según la propia norma señalada en cada caso y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conductas aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código. Y que pueden modificarse ya en fase de ejecución atendiendo a la evolución del sujeto.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no solo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo, se relaciona con estados psicológicos que han determinado su inimputabilidad o semiimputabilidad, sino también, cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.

Es de destacar que en la concreción de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informados por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal Sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo

concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los 10 años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo...".

En el mismo sentido, El Real Decreto 840/2011 de 17 de junio por circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medida de seguridad así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, cuando en su texto introductorio recoge que importante modificación de la regulación de las medidas de seguridad... destacando la introducción de la libertad vigilada, que impone el cumplimiento por el sentenciado de ciertas obligaciones y prohibiciones judicialmente establecidas... y a ello debe sumarse la previsión dentro de la libertad vigilada de una modalidad postpenitenciaria, cuya aplicación se reserva la ley a una peligrosidad criminal asociada a la propia tipología delictiva, bien que limitada a casos muy tasados... Por-otra parte la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, 22 de junio ha suprimido la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria del procedimiento revisor de las medidas de seguridad no privativas de libertad, dando así acogida al criterio establecido por el Tribunal Supremo, que a su vez asumió en este sentido anteriores advertencias doctrinales y de los propios Jueces de Vigilancia; tan solo se ha conservado su presencia en la custodia familiar y en relación del Juez de Vigilancia con las Instituciones Penitenciarias.

Por lo tanto, y de acuerdo con lo expuesto anteriormente, como quiera que la libertad vigilada impuesta al interno debe cumplirse con posterioridad a la pena de prisión tal y como ha indicado el Juzgado y no es privativa de libertad, la competencia para el seguimiento y control de la referida medida corresponde al Tribunal Sentenciador (Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 28 de marzo de 2017)",

II.- El artículo 106.2 del Código penal establece

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal Sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si este lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el, contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente."

Al no ser el presente uno de los supuestos contemplados en el precepto transcrito, corresponde el seguimiento al Juzgado Sentenciador.

PARTE DISPOSITIVA

Procede el archivo del expediente en virtud de lo expuesto en los Razonamientos Jurídicos de la presente resolución.,

Comuníquese la presente resolución al CIS Josefina Aldecoa, al Tribunal Sentenciador, con el ruego de acusar recibo.

80.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 4 DE PONTEVEDRA, DE FECHA 01-02-2021

Se requiere a la Administración Penitenciaria para la ejecución del programa formativo de Seguridad Vial como parte de la medida de libertad vigilada.

Se ha acordado sentencia de fecha 18/07/2018, firme y confirmada en segunda instancia en este pronunciamiento, al penado por la comisión, como autor directo, de un delito contra la seguridad vial, de conducir sin permiso, de los artículos 384 párrafos primero y segundo en relación con el artículo 74 del Código penal, concurriendo la circunstancia eximente de alteración psíquica del artículo 20.1º del Código penal, y se le impone la medida de seguridad de libertad vigilada durante DOS AÑOS y entre otras medidas, se acordaba la obligación de participar en programas formativos sobre la seguridad vial, de conformidad con el artículo 96.3.3a y 106.3) del Código penal.

Tras incoar la ejecutoria para a su vez ejecutar la medida de libertad vigilada en cuanto a este pronunciamiento, por auto de 26.04.2019, se devuelve el oficio remitido por este Juzgado al Servicio de Gestión de Penas (la remisión realizada por este juzgado de la sentencia y el auto) para ejecutar la realización del curso formativo de seguridad vial al considerar que "sólo son competencia de la Administración Penitenciaria las medidas de seguridad de libertad vigilada posteriores al cumplimiento de la pena de prisión" (ver folio 477). Esto es así en virtud del artículo 23 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número dos de Galicia, se dicta auto de fecha 13.06.2019 en el que se declara incompetente para la ejecución de la medida de seguridad de libertad vigilada al no ejecutarse la misma a través de una pena privativa de libertad (folios 481-482). Esto es así conforme a lo establecido en el artículo 98.1º del Código penal.

Tras esta declaración de incompetencia, es competencia como tribunal sentenciador, es decir de este Juzgado de lo Penal ejecutar estas medidas de seguridad no privativas de libertad, de conformidad con el artículo 98.2° del Código penal, por lo que se acuerda requerir a la Dirección General de Tráfico a fin de poder ejecutar dicho programa formativo de seguridad vial refiriendo dicha entidad que "no es competente para realizar programas formativos de seguridad vial que sean consecuencia de una medida de libertad vigilada".

Por tal negativa, se libra oficio al Ministerio de Justicia a fin de que se nos indique qué organismo (si no es el servicio de gestión de penas ni la Dirección General de Tráfico) es el que realiza dichos programas formativos a fin de poder ejecutar la medida de seguridad impuesta al penado, remitiéndose oficio en respuesta a dicho requerimiento diciendo que "no es competencia de esta Unidad".

Por todo ello, se dicta una providencia en la que se requiere de la Jefatura Provincial de Tráfico que se aporte una alternativa para cumplimiento de este programa, ya que es obligación legal la de colaborar con la Administración de Justicia para la ejecución de las penas o, como en este caso, las medidas de seguridad.

Nuevamente se nos contesta que no es posible realizar dicho programa formativo por exceder de las competencias propias de este organismo que sólo puede realizar cursos de reeducación en el caso de privación de puntos por sentencia judicial, pero nada en relación a la ejecución de cursos formativos en materia de seguridad vial por imposición de una medida de seguridad, como es el caso.

El artículo 98.2 del Código penal establece que cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones facultativas y profesional (Administraciones Públicas competentes) a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

El deber general de colaboración de las Administraciones con la Administración de Justicia para el cumplimiento de las sentencias se establece en el artículo 118 de la Constitución Española que dice que "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribu-

nales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

Llegados a este punto, ni el Centro de Inserción Social, ni el Juzgado de Vigilancia penitenciaria, pero tampoco los organismos administrativos (ni la Dirección General de Tráfico ni el Ministerio de Justicia) auxilian a este órgano judicial para el debido cumplimiento de una medida de seguridad acordada en sentencia firme, lo cual la haría inejecutable.

Por todo ello, siendo la Administración Penitenciaria la que tiene un programa formativo en seguridad vial (TASEVAL) lo más parecido posible a lo que se acuerda en esta sentencia como consecuencia de una libertad vigilada impuesta en sentencia firme, LÍBRESE nuevamente OFICIO AL CIS para que con remisión de la sentencia así como la remisión de esta providencia, pueda llevar a cabo el programa formativo en seguridad vial impuesto en este procedimiento al penado como parte de su medida de seguridad de Libertad Vigilada.

Y, así por esta providencia lo acuerdo, mando y firmo.

ÍNDICE ANALÍTICO

MEDIDAS DE SEGURIDAD

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Cuando la imposición de la medida de libertad vigilada no es preceptiva, es necesario justificar su necesidad y proporcionalidad. § 14

Cuestiones sobre la imposición de la medida de libertad vigilada y la determinación de su contenido. § 15

El plazo impuesto en medida de internamiento debe considerarse como tope máximo de duración temporal. § 10

En el caso de imposición de medida de seguridad de internamiento, se abonará la prisión provisional sufrida al límite máximo de la medida si la duración de pena de prisión excediera de la de la medida abonándosele la medida cautelar. § 4

La duración máxima de las medidas de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito que se trate. § 7

La exigencia de contar con los informes de los profesionales encargados de asistir al sometido a libertad vigilada está referida al momento de su ejecución, no de la imposición en sentencia. § 3

La libertad vigilada se debe imponer atendiendo a la peligrosidad del autor del delito. § 9

La medida de seguridad privativa de libertad estará definida por un único máximo que contemple la peligrosidad del sujeto que haya cumplido diversos actos tipificados como delitos. § 8

No procede la utilización de la prisión provisional prorrogada para los casos de absolución por eximente completa apreciada en sentencia pendiente de recurso. § 2

No se puede avalar jurídicamente un “ingreso transitorio en prisión” hasta que se pueda materializar su traslado a un hospital psiquiátrico penitenciario. § 11

Recordatorio de la jurisprudencia en materia de requisitos para la imposición de medidas de seguridad. § 12

Requisitos y tratamiento de medida de seguridad. § 6

Se anula parte del fallo condenatorio en el que se establecía la imposibilidad de revisar la medida de seguridad de internamiento hasta transcurridos 8 años. § 1

Se desestima el recurso de casación, confirmando todos los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. § 8 continuación

Se establece el límite en favor del reo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable. § 13

Se estima recurso. Es necesario acreditar la necesidad del internamiento, según lo previsto en el artículo 101 del Código penal. § 5

CONCURRENCIA DE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

Aclaración en situación de concurrencia de pena y medida de seguridad en caso de eximente incompleta. § 20

Ante el quebrantamiento de la medida, procede el cumplimiento de la pena. § 17

Concurrencia de pena y medida de seguridad. Especial mención al artículo 99 del Código penal. § 18

Cumplimiento de la medida de sumisión a tratamiento en el módulo de psiquiatría. § 19

No procede cumplir medida de seguridad en Centro Penitenciario. § 16

SUSTITUCIÓN DE MEDIDA DE SEGURIDAD

No procede la sustitución de la medida de internamiento por la de tratamiento ambulatorio. El sometido a la medida no está en condiciones clínicas para que opere la sustitución. § 24

No se puede modificar el plan de ejecución acordado. Supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica. § 21

Se confirma la sustitución de la medida de libertad vigilada por la de internamiento en centro psiquiátrico. § 27

Se declara ajustado a derecho la sustitución de la medida de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento médico por medida de seguridad privativa de libertad en centro médico. § 26

Se desestima el recurso mediante el que se solicitaba la adopción de una medida de internamiento “ex novo” en fase de ejecución. § 22

Se estima recurso frente a la sustitución de libertad vigilada por la de internamiento en unidad psiquiátrica penitenciaria. § 28

Se procede a la sustitución de la medida de internamiento en Centro Penitenciario por la de tratamiento ambulatorio siempre que se mantenga el soporte psicoterapéutico de su equipo mental de referencia. § 23

Se sustituye la medida de internamiento externo por la de internamiento debido a incumplimiento. § 25

SUSPENSIÓN DE CONDENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

La imposición de la libertad vigilada es imperativa en los casos previstos legalmente, aunque la pena impuesta sea susceptible de suspensión. § 29

Se estima recurso acordando la suspensión de la ejecución de la pena una vez que cumplida la medida de libertad vigilada. § 33

Se ordena el cumplimiento de la libertad vigilada en Centro Penitenciario antes los servicios médicos de la prisión. § 34

Se suspende la ejecución de la pena, manteniendo la libertad vigilada que se convierte en condición expresa de la suspensión. § 30

Supuesto de suspensión de la ejecución de la pena una vez cumplida la medida de libertad vigilada. § 32

Tras la revocación de la suspensión de la pena, no procede el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en Centro Penitenciario. § 31

ARTÍCULO 60 DEL CÓDIGO PENAL

La aplicación del artículo 60 del Código penal es competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que dispone una nueva potenciación de sus funciones. § 41

La aplicación del artículo 60 del Código penal es competencia exclusiva del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. § 40

La competencia para la aplicación del artículo 60 del Código penal, debido a enajenación del penado después de sentenciar firme, le corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. § 35

No procede la aplicación del artículo 60 del Código penal. No obstante, puede ser aconsejable el seguimiento periódico por parte de una unidad de salud mental. § 37

No procede la aplicación del artículo 60 del Código penal. No se puede justificar la misma únicamente en la presencia de una enfermedad. § 38

Se estima recurso interpuesto frente a la aplicación del artículo 60 del Código penal por considerar la medida impuesta más gravosa que la propia pena. § 36

Se suspende el cumplimiento de la pena en virtud del artículo 60 del Código penal, aconsejando la no adopción de una medida privativa de libertad. § 42

Suspensión de la pena antes del inicio de la ejecución. Aplicación análoga del artículo 60 del Código penal. § 39

INTERNAMIENTO EN CENTRO PENITENCIARIO ORDINARIO

No se accede al traslado solicitado por el interno sometido a medida de internamiento por ser competencia de Instituciones Penitenciarias, siempre que se le mantenga incluido en PAIEM. § 44

Se desestima recurso. Es posible el cumplimiento de medida de internamiento en régimen cerrado en el Centro Penitenciario de Segovia. § 45

Se indica que el interno puede cumplir la medida de seguridad de internamiento en el área de enfermería del Centro Penitenciario. § 43

MODIFICACIÓN DE INTERNAMIENTO

No procede la modificación de la medida de internamiento en Centro Psiquiátrico, que está cumpliendo en el módulo de enfermería de Centro Penitenciario ordinario. § 46

No procede la modificación del internamiento. El equipo multidisciplinar aconseja el relajamiento del mismo y su compatibilización con salidas terapéuticas. § 47

Se alza la medida de seguridad y se ordena el cumplimiento de la pena en un Centro Penitenciario. § 49

Se desestima el recurso contra la resolución que acordaba el traslado desde una clínica a unidad psiquiátrica de centro penitenciario. § 48

Se modifica la medida para cumplimiento en hospital psiquiátrico penitenciario por considerarlo más adecuado dadas las circunstancias del sometido a la misma. § 50

MEDIDAS CAUTELARES EN MEDIDAS DE SEGURIDAD

No cabe privar de libertad al absuelto por aplicación de eximente incompleta mientras se resuelve el recurso interpuesto, salvo por causa del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. § 51

No es posible el mantenimiento cautelar de un internamiento, salvo que se acuda a la vía del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. § 53

Se desestima recurso. No se puede imponer cautelarmente una medida de seguridad. § 52

SALIDAS

Se desestima recurso contra auto no autorizando salida debido a la presencia de tensión psíquica que necesita mayor observación. § 54

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Ante el quebrantamiento de la medida de seguridad del internamiento en Proyecto Hombre, se ordena su traslado a centro psiquiátrico penitenciario. § 55

El incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada no constituye necesariamente un delito de quebrantamiento, salvo que se aprecie reiteración grave. § 57

En el caso de libertad vigilada impuesta a menor, si la quebrantara cuando haya alcanzado la mayoría de edad, dicho quebrantamiento será enjuiciado por la jurisdicción ordinaria. § 58

Incumplimiento grave de obligación contenida en libertad vigilada. Se deduce testimonio por delito de quebrantamiento. § 56

OTROS

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente para autorizar salidas terapéuticas. § 59

Responsabilidad de la Administración Penitenciaria por no atender las exigencias de la libertad vigilada en los términos establecidos por el Tribunal Sentenciador. § 61

Se autoriza salida programada para realizar recorrido a pie de 22 kilómetros. § 62

Se desestima recurso contra la denegación de la reclamación formulada en relación a los gastos soportados por una comunidad autónoma como consecuencia de la ejecución de medidas de seguridad. § 60

LIBERTAD VIGILADA

LEY 23/2014 Y LIBERTAD VIGILADA

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la estimación del recurso interpuesto frente al mismo. Sí es posible la transmisión de la libertad vigilada cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad. § 68

Denegación de transmisión de condena en virtud de la Ley 23/2014, al no acreditarse la posibilidad de cumplimiento de la libertad vigilada. § 65

Se desestima recurso del Ministerio Fiscal. No es necesario que la libertad condicional a disfrutar en el país de origen, se tramite conforme a la Ley 23/2014 como resolución de libertad vigilada. § 64

No se puede transmitir la ejecución de la pena al haberse impuesto la medida de libertad vigilada al no estar concretado su contenido. § 66

No se puede transmitir suspensión con libertad condicional si no hay medidas de libertad vigilada. § 63

No se puede transmitir una condena al llevar aparejada una libertad vigilada. Falta de concreción del contenido de la misma. § 67

LIBERTAD VIGILADA Y EXPULSIÓN

Se propone la sustitución de la medida de libertad vigilada por la expulsión a su país de origen, dados los factores que dificultan la reinserción social del penado en España. § 70

Una vez decretada la sustitución íntegra de la pena por la de expulsión, ésta se debe ejecutar aunque la pena lleve aparejada una medida de libertad vigilada. § 69

CONTENIDO DE LA LIBERTAD VIGILADA

Se declara no haber lugar a la sustitución de la medida de participación en programa de educación sexual. § 72

Se incluye el seguimiento y control por parte del gabinete psicológico del CIS. § 73

Se mantiene la obligación de participar en programas de educación sexual. § 74

Se modifica, eliminado la obligación de participar en programa formativo sexual. § 71

CUESTIÓN DE COMPETENCIA

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente para el seguimiento y control continuo de la libertad vigilada. § 77

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se declara incompetente respecto al control de la libertad vigilada después de la suspensión de la condena. § 78

La competencia para el seguimiento y control de la libertad vigilada postpenitenciaria le corresponde al Tribunal sentenciador. § 79

Para el control de la libertad vigilada será competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al domicilio, por el principio de inmediación y operatividad práctica. § 75

Para la aprobación de la propuesta en relación a la libertad vigilada, se considera competente al Juzgado de lo Penal y no al Juzgado de Instrucción. § 76

Se requiere a la Administración Penitenciaria para la ejecución del programa formativo de Seguridad Vial como parte de la medida de libertad vigilada. § 80

