

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2008



MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2008**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2008

I.^a edición
septiembre 2009



MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**SUBDIRECCIÓN GENERAL DE TRATAMIENTO
Y GESTIÓN PENITENCIARIA
CENTRAL PENITENCIARIA DE OBSERVACIÓN**

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

Coordinación y Supervisión:

Ángel Lara Ronda

Coordinador Técnico

Elaboración y Comentarios:

Antonio Marqués Haro

Jurista

Tratamiento Informático:

Vicente Fernández Fernández

Jefe de Sección

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://w.w.060.es>

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica

N.I.P.O.: 126-09-079-4

I.S.B.N.: 978-84-8150-289-3

Depósito Legal: M-50017-2009

Imprime: Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario
y Formación para el Empleo

PRÓLOGO

Siendo las normas jurídicas intentos de ordenar el comportamiento humano, vinculándolo al respeto a los derechos y obligaciones que constituyen el contrato social, resulta que, como las conductas que tratan de regular, las normas también están vivas, en el sentido que no permanecen rígidas e inmutables, sino que se crean, modifican y extinguen, y durante su vigencia son objeto de interpretaciones a veces discordantes de los jueces y tribunales que integran el poder judicial.

Más aún si cabe que el medio libre, los lugares que habitan las personas que ingresan en el sistema penitenciario son espacios extremadamente normativizados, por lo que conocer tanto el contenido de las normas como la forma en que se aplican nos ofrece una idea general de la funcionalidad y evolución de las leyes.

Sabido es que en nuestro país, sin ser fuente de Derecho, las interpretaciones reiteradas de las leyes que establece el Tribunal Supremo sientan la doctrina que complementa el ordenamiento jurídico. Nuestros equipos técnicos y órganos colegiados deben considerar los precedentes judiciales a la hora de adoptar sus propios acuerdos pues, aun careciendo aquéllos de la fuerza vinculante de las normas positivas, señalarán la línea de los futuros fallos de los casos concretos que traten en cada momento.

La recopilación de resoluciones judiciales relevantes en materia penitenciaria que lleva a cabo desde hace años nuestra Central de Observación cobra así una especial significación. Por una parte, se añade a las anteriores publicaciones para constituir un cuerpo doctrinal interpretativo al servicio del Derecho Penitenciario, de utilidad para usuarios diversos: operadores jurídicos, técnicos de ejecución penal, estudiantes, colaboradores, etc. Por otra parte, aporta a nuestra institución ideas procedentes del exterior, a través de la función de control jurisdiccional de los actos administrativos que ejercen jueces y tribunales, y especialmente el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Pero todo ello no nos debe hacer olvidar lo esencial de nuestra misión: educar, inculcar el respeto a las reglas en personas que a menudo ellas mismas se consideran víctimas de desigualdades sociales, con dificultades económicas, sin suficientes apoyos. Y una forma eficaz de hacerlo es mejorar sus condiciones de vida, garantizarles las prestaciones básicas sanitarias, formativas, laborales, asistenciales, etc., para que entiendan que la sociedad exige que cumplan sus obligaciones al tiempo que les otorga la condición de sujetos de derechos.

Justamente esto es lo que venimos haciendo desde hace años, tiempo en que se han renovado espectacularmente las instalaciones, creando más de veinte Centros de Inserción Social, se han extendido y afianzado los programas generales y específicos de tratamiento, incrementando la oferta de actividades de ocupación, y se ha abordado la gestión de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad.

La mejor forma de demostrar en la práctica nuestra voluntad resocializadora pasa por la potenciación de las clasificaciones en los grados superiores, aplicando el sistema de individualización científica, de suerte que el régimen abierto se constituya como una alternativa real a las formas convencionales de ejecución de las penas privativas de libertad.

Madrid, 3 de septiembre de 2009

Fdo.: Mercedes Gallizo Llamas

Secretaria General de Instituciones Penitenciarias

SUMARIO

SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo	7
Sumario	11
Comentarios	15
Capítulo I: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	23
Capítulo II: Jurisprudencia del Tribunal Supremo	73
Capítulo III: Acumulación	177
Capítulo IV: Beneficios	209
Capítulo V: Clasificación	217
Capítulo VI: Comunicaciones	243
Capítulo VII: Derechos	261
Capítulo VIII: Expulsión	277
Capítulo IX: Fies	289
Capítulo X: Juez de Vigilancia	297
Capítulo XI: Libertad condicional	303
Capítulo XII: Permisos	331
Capítulo XIII: Prisión provisional	401
Capítulo XIV: Régimen disciplinario	435
Capítulo XV: Sanitaria	451
Capítulo XVI: Traslados	455
Capítulo XVII: Localización permanente	461
Capítulo XVIII: Trabajo en beneficio de la comunidad	465
Capítulo XIX: Otros asuntos	475
Índice analítico:	491

COMENTARIOS

La edición de este año 2008 no aporta muchas novedades respecto a las anteriores debido a la ausencia de modificaciones normativas durante este periodo. Ello ha hecho que las innovaciones en el ámbito de las resoluciones de Juzgados y Tribunales sean poco trascendentes y vengan a dar continuidad y asiento a las de precedentes anualidades. No obstante ello, hay que destacar la inclusión de dos nuevos apartados que recogen Sentencias tanto del Tribunal Constitucional cuanto del Tribunal Supremo que, por su interés jurídico-penal y su consustancial relevancia, se ha considerado oportuno traer a colación a este repertorio jurisprudencial.

En el terreno penitenciario merece destacar como novedad la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, que ha introducido la posibilidad del doble abono del tiempo material pasado en prisión por interno que, cumpliendo condena por causa penada, se le decreta a su vez prisión provisional por otra causa.

ACUMULACIÓN DE PENAS

Comenzamos por recuperar para este repertorio de jurisprudencia la Sentencia 197/2006 de 28-02-06 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, que ha venido a significar un importante referente en el proceder judicial en relación a internos condenados a múltiples penas, y que tenían derecho conforme al Código Penal de 1973 a redención de penas por el trabajo. El cambio sustancial producido por esta innovadora sentencia –denominada “doctrina Parot”– es el de aplicar individualmente las redenciones a cada una de las penas, con el máximo de ejecución establecido en el artículo 70.2 del mismo Código, de treinta años. Ello supone que, a diferencia de lo que se venía haciendo hasta ese momento –es decir, considerar el máximo de cumplimiento como una nueva pena y aplicar a ésta el total de las redenciones–, ahora la redención correspondiente a cada pena se aplicará a ésta solamente, y así sucesivamente con las siguientes.

Por otra parte, el auto de la Audiencia Nacional, sección penal, sección 1ª, de 24-09-08 establece que se cumpla la condena conforme al Código Penal de 1995, considerando que el plazo de 25 años sin redenciones es más favorable para el reo que la resultante de cumplir según la nueva doctrina.

CLASIFICACIÓN

En casos de sustitución de pena por expulsión ex artículo 89 del Código Penal, el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección 4ª de 17-09-08, en atención a los delitos cometidos, niega al interno esta posibilidad y mantiene la clasificación en 2º grado.

También se recoge el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Salamanca de 9-05-08 que deniega la concesión del 3º grado ex art. 104.4 por considerar que la enfermedad del interno no merma su capacidad delictiva. De igual forma el mismo Juzgado en auto de 24-10-08 deniega la progresión a 3º, 104.4 por importantes factores de inadaptación.

Por otro lado, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 1 de Madrid de 3-03-08 accedió a conceder el citado art. 104.4, con la particularidad de complementarlo con el seguimiento del interno por medios telemáticos conforme al artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario. La aplicación de estos medios telemáticos la considera oportuna el mismo Juzgado en auto de 30-05-08 que concede una clasificación en 3º-83 con aplicación de los aludidos medios.

El auto del Juzgado de Vigilancia de Asturias de 1-10-08 estima un recurso por el que se acuerda una clasificación de un interno en 2º grado, al que se le había propuesto la regresión a primer grado por la comisión de una única sanción muy grave.

COMUNICACIONES

Destaca la posibilidad que se le ofrece a un interno musulmán de comunicar “con sus esposas” porque su cultura musulmana le permite tener más de un cónyuge, estimando el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2 de Castilla-León, de 24-06-08, parcialmente su queja, en consonancia con la Instrucción 4/05 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que exige el transcurso de 6 meses como mínimo entre la celebración de una comunicación íntima con persona distinta a la última con la que se comunicó. Acreditado que el interno está casado con una mujer y a la vez tiene certificado de convivencia con otra

distinta, establece el auto que deberá elegir si comunica íntimamente con una o con otra, debiendo transcurrir seis meses sin comunicaciones íntimas con la elegida antes de que pueda cambiar.

Es destacable el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 5 de Castilla-León de 29-10-08, que determina la periodicidad de las comunicaciones de convivencia ha de ser de una vez al mes y no cada tres meses, bajo el amparo del argumento de que uno de los objetivos del Reglamento Penitenciario es “la apertura de las prisiones a la sociedad para que, entre otros fines, se potencien los vínculos entre los reclusos y sus familias, lo que se pretende conseguir mediante permisos, comunicaciones especiales y otros medios”.

DERECHOS

En primer lugar, respecto a la protección del derecho a la intimidad de los internos, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 1 de Madrid, de 2-06-08 estima parcialmente una queja de un interno a quien se practicó un cacheo integral en presencia de otros internos y sin facilitarle una bata, lo que supone una vulneración manifiesta del derecho mencionado.

En segundo lugar se recogen resoluciones que dan continuidad a las recogidas años anteriores respecto al derecho indubitable de los internos a su expediente, pero no así a su protocolo, sin perjuicio del derecho a recibir información en relación con el tratamiento (Autos de 2-10-08 de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, y de 24-11-08 de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1ª).

EXPULSIÓN

Por un lado se presenta un caso de no procedencia de la sustitución de pena por expulsión ex artículo 89 del Código Penal, alegando el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz razones de fondo y de orden público: necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales dado que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Por otro lado la Sentencia de 10-10-08 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León estima un recurso contencioso-administrativo contra la Sentencia que revocaba una resolución administrativa de expulsión impuesta contra un interno colombiano, aclarando que “la ejecutoriedad de los actos administrativos no es un elemento esencial de los mis-

mos determinante de su invalidez o ilegalidad”. Asimismo distingue entre el carácter sancionador de la expulsión según el artículo 89 del Código Penal, y el de la contemplada en la Ley Orgánica sobre los derechos de los extranjeros en España, que se configura como una causa de expulsión de naturaleza no sancionadora, indicando que dicha expulsión no puede ser confundida con una pena.

LIBERTAD CONDICIONAL

Destacamos dos resoluciones contrapuestas, por una parte, el auto de 16-06-08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 1 de Madrid en que se concede la libertad condicional a un interno extranjero con resolución de expulsión aprobada, que según dice el mismo “no puede incidir de manera negativa en la situación penitenciaria de esa persona”, teniendo en cuenta los factores favorables que concurren en dicho interno para acceder a la mencionada libertad condicional.

En sentido contrario, un Auto de 17-07-08 desestima un recurso de apelación de denegación de libertad condicional de un interno extranjero a quien se le decretó la medida de seguridad de expulsión del territorio nacional, al considerar que el fin de la norma “es evitar que la situación de ilegalidad en que quedaría el liberado condicional pudiera contribuir a la comisión de nuevos hechos delictivos.”

PERMISOS

Se efectúa la selección de resoluciones siguiendo la tradicional sistemática de agruparlas según traten de concesión, suspensión o denegación.

Destaca el recurso de apelación estimado por la Audiencia Provincial de Burgos, sección 1ª de 14-04-08, que concede un permiso denegado por la Junta de Tratamiento del Centro y por el Juez de Vigilancia, por no considerar bastante como prueba la mera manifestación de haber dado positivo al consumo al regreso del permiso anterior, no constando analítica, ni el resultado positivo al consumo.

PRISIÓN PROVISIONAL

Merece mención destacada la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, que introduce la innovadora tesis de que se abone simultáneamente el tiempo de privación de libertad sufrida provisional-

mente en una causa con el cumplimiento de la pena o penas impuestas que se están llevando a efecto.

Aplicación práctica de la doctrina emanada de esta Sentencia es el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1ª de 7-11-08, que estima “la procedencia del abono de la prisión provisional sufrida por el penado en esta causa en la liquidación de condena que se practique”, ordenando nueva liquidación de condena en la que se deduzcan los días de abono de prisión preventiva.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Merece ser destacado el auto de 13-06-08 del Juzgado de Vigilancia 1 de Madrid por su tendencia innovadora. Recoge el caso de un interno que había agredido con una cuchilla a otro, y tras ello ambos participaron en un proceso de mediación llevado a cabo por una asociación, el cual concluyó con la firma de un acta de reconciliación por parte de los dos internos, que a su vez se comprometieron a no tomar represalias. El Juzgado otorga efectos jurídicos a esta actitud conciliadora y revoca la sanción que se había impuesto al agresor.

En otro orden de cosas, un Auto de 20-05-08 de ese mismo Juzgado declara la nulidad de pleno derecho de un registro en la celda de un interno sin estar él presente, encontrándose en ella un teléfono móvil y un cargador; y aprovecha también para criticar la adopción de la medida cautelar aplicada al caso de dieciséis días de aislamiento en celda mientras que se investigaban los hechos, advirtiendo que en lo sucesivo el Centro penitenciario se abstenga de acordar y mantener una medida cautelar durante tantos días.

LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Aportamos dos resoluciones judiciales, una del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Picassent de 30-06-08, y otra del Juzgado de Instrucción 2 de los Llanos de Ariadne de 11-12-08, relativas a la ejecución de esta pena alternativa que coinciden en establecer, de acuerdo con la norma del artículo 37 del Código Penal, que obliga al penado bien a permanecer en su domicilio o bien en lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia, que la pena de localización permanente se cumpla de forma simultánea a la pena que mantiene a ambos internos en Centro penitenciario.

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Se reseña el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Alicante de 21-02-07 donde acota la duración de la jornada de trabajos en beneficio de la comunidad al adolecer el Real Decreto 515/05 del establecimiento de un mínimum de duración, limitándose éste a regular la extensión máxima. Así, determina el Auto una duración de dos horas por cada jornada que, dice “considero prudente para facilitar la ejecución”.

OTROS

La presente edición concluye con un compendio de resoluciones de diversa y variada índole que van desde la estimación de una queja sobre autorización de tener una baraja de cartas a la desestimación de queja sobre adquisición de productos de charcutería de carne musulmana. Entre todas ellas merece citar la estimación de un recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 5ª de 10-10-08 donde especifica los requisitos formales necesarios que deben contener las resoluciones administrativas.

CAPÍTULO I

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.- SENTENCIA 66/2008 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 29/05/08

Vulneración al derecho fundamental a la libertad personal por prisión provisional a causa de modificación de la fianza impuesta.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 26 de julio de 2004, la Procuradora de los Tribunales doña C. E. T., en nombre y representación de C. E., interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

Los fundamentos de hecho en los que tiene su origen el presente recurso son los siguientes:

a) El recurrente ingresó en prisión provisional, inicialmente comunicada y sin fianza, el día 3 de febrero de 2001, prisión decretada por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, en el marco del sumario núm. 1-2003, por su presunta implicación en una organización internacional dedicada al tráfico de drogas (cocaína y heroína).

b) Por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 17 de febrero de 2004, se acordó la prisión provisional eludible mediante la prestación de una fianza de 1.000.000 euros, fianza que no fue depositada, manteniéndose, por tanto, la prisión.

c) Una vez concluido el sumario, se solicitó la reducción de la fianza o la libertad sin fianza. La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 18 de mayo de 2004, denegó la libertad provisional sin fianza, pero procedió a reducir la fianza a la cantidad de 60.000 euros. En el razonamiento jurídico primero del citado Auto se hace constar que el procedimiento contra el recurrente se sigue

por unos hechos que podrían ser constitutivos de un delito de tráfico de drogas (cocaína y heroína) en cantidad de notoria importancia y a través de una organización con conexiones a nivel internacional, previsto y penado en los artículos 368, 369.3 y 370 del Código Penal, «como consta en el Auto de procesamiento de 29 de agosto de 2003, siendo un delito de los que causa gran alarma social y para el que la Ley prevé penas graves... pareciendo de lo actuado en el citado sumario que C. E. es uno de los principales implicados en el tráfico de drogas con conexiones con organización criminal internacional, que posiblemente cuenta con numerosos medios personales y económicos para ello», razón por la que, apreciándose riesgo de sustraerse de la acción de la justicia, se acordó en su día la prisión provisional y se rechazó la petición principal de que se le ponga en libertad sin fianza, «al no haber variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su día por el Juzgado para acordarla, máxime cuando la instrucción está ya terminada y está pendiente del escrito de calificación del Ministerio Fiscal y de las defensas para el señalamiento de la vista oral». A renglón seguido se hace constar que no ha transcurrido el plazo máximo de prisión preventiva establecido en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «siendo previsible que se celebre el juicio oral antes de agotar dicho término, y dado el evidente riesgo de fuga y posibilidades que tiene el recurrente para sustraerse de la acción de la justicia, aconsejan mantenerlo en prisión preventiva eludible mediante prestación de fianza. No obstante, procede efectuar una reducción en la cantidad señalada como fianza para eludir la prisión provisional que se fija en la suma de sesenta mil euros».

Este Auto no fue recurrido por el Ministerio Fiscal y devino firme. La fianza fue depositada el 31 de mayo de 2004, dictándose ese día un Auto que la declara bastante y decreta la libertad provisional, con la obligación de presentarse semanalmente ante la Sala o el Juzgado más cercano a su domicilio, prohibición de salida del territorio nacional, y otra serie de obligaciones.

d) Por Providencia de 1 de junio de 2004, y a la vista de una solicitud del Ministerio Fiscal de ampliación de las comparecencias, se acordó por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal citar a las partes el día 9 de junio de 2004, a los efectos de practicar la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En dicho acto procesal, el Ministerio Fiscal manifestó que no se iba a ceñir a lo señalado en sus escritos y, tras recordar que la Ley de

Enjuiciamiento Criminal permite que la prisión y la cuantía de la fianza puedan ser modificadas en atención a las circunstancias, solicitó que se dictase un Auto en el que se mantuvieran las fianzas señaladas por el Juez Instructor «porque las estima más ajustadas a la realidad procesal que se vive en este momento», haciendo suyos los argumentos esgrimidos por el Juez Central de Instrucción para señalar estas fianzas en el Auto de 17 de febrero de 2004. Tras remitirse, en cuanto a los hechos imputados, al Auto de procesamiento, de fecha 29 de agosto de 2003, se destaca que la cuantía de la fianza solicitada se justificaba en el Auto de 17 de febrero de 2004 en el papel del recurrente y otras tres personas de nacionalidad turca como dirigentes de un entramado delictivo internacional, afincado en Barcelona y con conexiones en Turquía, Marruecos y otros países europeos, estando especialmente vinculados con el extranjero. A ello se une la especial gravedad de los hechos (pues no sólo se dedicaban al tráfico ilegal de drogas, sino también a la falsificación de documentos, al blanqueo de capitales y armas, habiéndoseles ocupado armas a algunos de ellos) y el dato de que no son originarios de España y de que sus vínculos más fuertes aparecen en el extranjero, consistiendo la vinculación con España en el «desarrollo criminal de tráfico ilegal de drogas entre otras actividades delictivas». De todo lo cual el Ministerio Fiscal infiere que existe riesgo de fuga en los tres coencausados, cuya presencia considera esencial en el acto del juicio oral, entendiendo que a la vista del estado del procedimiento, existe un tiempo más que razonable para que el enjuiciamiento se lleve a cabo antes de que venza el plazo máximo de prisión provisional legalmente previsto.

La Sala acordó en ese mismo acto, con el voto discrepante del Ponente, elevar la fianza del recurrente a 1.000.000 euros para eludir la prisión provisional e imponer la obligación de comparecencia apud acta dos veces al día en la Comisaría del domicilio designado. Al no prestar en dicho acto la nueva fianza, se acordó la prisión del procesado.

Ese mismo día se dictó Auto acordando la libertad provisional para el caso de que se prestase la fianza de 1.000.000 euros. Recuerda la Sala, en el fundamento jurídico primero, que los Autos relativos a la situación personal de los imputados carecen de fuerza de cosa juzgada y que, conforme al artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prisión, la libertad y la fianza son modificables en cualquier momento de la causa, incluso de oficio «cuando las circunstancias en orden al aseguramiento del proceso así lo requieran y con la única limitación de que medie petición de alguna parte acusadora», lo que ocurre en el presente supuesto, al

haberlo solicitado el Ministerio Fiscal en la comparecencia celebrada bajo los principios de audiencia y contradicción. En el fundamento jurídico segundo, y en cuanto a la determinación de la cuantía, de conformidad con el artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se pondera el riesgo de fuga (basado en la naturaleza y gravedad de las imputaciones; la variedad de las mismas, pues el Auto de procesamiento no sólo le atribuye delitos contra la salud pública, sino también falsedades documentales y tenencia ilícita de armas, como destacó el Ministerio Fiscal en la comparecencia; el protagonismo o distinto papel respecto de otros imputados; que la actividad se desarrolla en el seno de una organización con conexiones internacionales; el elevado valor de la droga intervenida: 2.820.900 euros) con la posibilidad de que los encausados puedan gozar la libertad con la necesaria garantía que elimine o minimice su sustracción del proceso para, «a la vista de los rotundos argumentos del Ministerio Público», concluir que ha de modificarse el criterio de los Autos anteriores de la Sala —en concreto, respecto del recurrente, el de 18 de mayo— restableciendo como más adecuada la fianza fijada por el Instructor en el Auto de 17 de febrero de 2004.

e) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de súplica, que fue desestimado por Auto de 25 de junio de 2004. En el fundamento jurídico segundo, y frente a la alegada firmeza e intangibilidad del Auto de 18 de mayo, al no haber sido recurrido por el Ministerio Fiscal, la Sala recuerda que el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite modificar la situación personal de los encausados, incluso de oficio, y que las peticiones del Ministerio Fiscal en la comparecencia del artículo 505, «en modo alguno extemporáneas o sorpresivas, suponen indudablemente una variación sustancial que necesita de una nueva consideración por la Sala y que determinó el Auto aquí cuestionado». En el Fundamento tercero, se señala que la Sala ha valorado únicamente las imputaciones que se recogen en el Auto de procesamiento «como simples indicios racionales de criminalidad de los que se induce el riesgo de fuga que se mantiene con la suficiente entidad como para ser considerado a fin de calibrar la cantidad y calidad de la fianza (artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) como garantía de sometimiento al proceso y previamente teniendo en cuenta, como lo hizo el Instructor, el mayor o menor arraigo en España y el tiempo de privación de libertad; lo que nada tiene que ver con el principio de presunción de inocencia, ni conculca el derecho a la igualdad».

El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española) y a la igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución Española).

Como primer y tercer motivos de amparo, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad. Una queja que se articula, en primer lugar, en relación con el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, con cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional 49/2004 y 89/2004. Sostiene el recurrente que al no haber recurrido el Ministerio Fiscal el Auto de 18 de mayo, el mismo devino firme, por lo que su modificación sólo unos días después, por los mismos Magistrados que lo dictaron, sin motivo alguno y habiendo cumplido el recurrente las obligaciones que le habían sido impuestas, vulnera el 24.1 de la Constitución Española y produce inseguridad jurídica en los procesados. También se denuncia indefensión, destacando que el Fiscal no recurrió el Auto de 18 de mayo, que con anterioridad a la comparecencia del día 9 de junio en su escrito anterior sólo había solicitado el aumento de las presentaciones, que no solicitó la comparecencia y es en esa comparecencia en la que, de forma sorpresiva —engañando a la Sala y a las defensas— solicita la modificación del Auto y el restablecimiento de las fianzas anteriores, lo que impidió que las defensas estuvieran preparadas para contestar, determinando este hecho la nulidad de la comparecencia, conforme al artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otra parte, se pone de relieve la insuficiente motivación de las resoluciones recurridas, pues el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que las resoluciones sobre la situación personal pueden ser modificadas a lo largo de la causa, pero siempre que exista algún motivo para ello; y en el presente caso no existe motivo alguno para la revocación de un Auto dictado escasamente veinte días antes. Las circunstancias tenidas en cuenta por el Auto de 9 de junio son las mismas que lo fueron al dictar el de 18 de mayo (destacando que las resoluciones a las que se refería en su informe el Ministerio Fiscal —Auto de procesamiento y Auto de prisión con fianza de 17 de febrero de 2003— constan unidas a la pieza de situación personal de C. E. y eran conocidas ya por la Sala el 18 de mayo), sin que el recurrente hubiera incomparecido

al llamamiento de la Sala o incumplido las obligaciones impuestas. Por ello, entiende que las resoluciones recurridas carecen de motivación para sustentar la revocación de la libertad provisional, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la prisión provisional frente a la normalidad de la libertad del procesado.

Como tercer motivo de amparo, y bajo la invocación del derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), se vuelve a denunciar que no puede modificarse una situación de libertad provisional sin que se haya alterado alguna circunstancia, añadiendo que no había riesgo de fuga, que la elevada fianza ahora impuesta no había podido ser pagada con anterioridad y que no le conceden ni veinticuatro horas para pagar.

Por otra parte, articulado como motivo segundo, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española) en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.3 de la Constitución Española). Se afirma que no existen pruebas ni indicios contra el recurrente, pues la única actividad probatoria que existía eran unas intervenciones telefónicas, respecto de las que se solicitó la práctica de una diligencia de reconocimiento de voz que no pudo practicarse porque han desaparecido las cintas.

Y, finalmente, se queja el recurrente de la vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución Española), también en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.3 de la Constitución Española). Una queja que se funda en el hecho de que los únicos imputados para los que el Ministerio Fiscal solicita que se revoque la reducción de la fianza son cuatro ciudadanos turcos, a tres de los cuales ya se les había retirado el pasaporte, mientras que la mayor parte de los coimputados han sido puestos en libertad, por lo que entiende que se ha solicitado la modificación de su situación personal por su condición de extranjero.

Por providencia de 12 de enero de 2005, la Sección Segunda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acordó conceder al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo un plazo de diez días para presentar alegaciones en relación con la posible existencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El Ministerio Fiscal evacuó dicho trámite mediante escrito registrado el día 9 de febrero de 2005, en el que interesa la inadmisión de la demanda por carecer de contenido constitucional. Ese mismo día 9 de febrero de 2005, la representación procesal del demandante de amparo presentó sus alegaciones, solicitando la

admisión a trámite de la demanda, reiterando que las resoluciones recurridas vulneran los artículos 17 y 24 de la Constitución Española, al tratarse de la revocación tardía e inmotivada de una libertad provisional bajo fianza.

Mediante una providencia de fecha 25 de febrero de 2005, la Sección Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que en plazo de diez días remitiera testimonio del Rollo de Sala núm. 1-2003, dimanante del Sumario núm. 1-2003 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

Por otra providencia de la misma fecha se acordó la apertura de la correspondiente pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión, concediéndose un plazo común de tres días al recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Evacuado dicho trámite, mediante el Auto del Tribunal Constitucional 264/2005, de 20 de junio, la Sala Primera acordó denegar la suspensión interesada.

El día 11 de julio de 2006 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, solicitando la denegación del amparo solicitado. Tras exponer los antecedentes procesales del caso y los motivos de amparo formulados en la demanda, comienza el Fiscal recordando la doctrina de este Tribunal en relación con las resoluciones judiciales que acuerdan prisión eludible mediante la prestación de fianza, citando y reproduciendo parcialmente el Auto del Tribunal Constitucional 312/2003, para sostener a continuación que en el presente caso se han cumplido los requisitos legales conforme a las exigencias del artículo 17 de la Constitución Española: la presencia del recurrente en el acto del juicio se considera fundamental por ser uno de los directivos de la organización de tráfico de drogas desarticulada; existe riesgo de fuga, derivado de sus contactos en el extranjero, un riesgo que se incrementa al haber decidido la Sala acelerar los trámites para la pronta celebración del juicio; y la cuantía de la fianza no resulta desproporcionada.

A continuación examina cada uno de los motivos de amparo. Respecto del primero y tercero se afirma, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1999, F. 4, que debe rechazarse por remisión a las resoluciones recurridas, que han ofrecido una respuesta razonada no desvirtuada por el recurrente. No se estima infringida la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes porque las resoluciones relativas a la situación personal de los imputados, aunque devengan firmes, no son definitivas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que la variación de la decisión anterior afecte a la citada vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, al estar expresamente previsto que son resoluciones reformables.

Tampoco considera el Fiscal lesionado el derecho a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española) por el hecho de que no exista un motivo legal nuevo o distinto a los tenidos en cuenta al adoptar la decisión anterior, pues ni existe obligación legal de considerar circunstancias nuevas para variar la situación, ni puede excluirse la misma a partir de una reconsideración de las circunstancias que ya se han tenido en cuenta, pues al tratarse de decisiones sucesivas siempre variará el tiempo entre una y otra situación y el que cada vez se encuentre más cercana la celebración del juicio puede llevar a una nueva ponderación de los derechos e intereses en juego. Además, en este caso, a la vista de las alegaciones del Fiscal en la comparecencia celebrada el 9 de junio de 2004 y de lo expuesto en el fundamento jurídico segundo del Auto de la misma fecha, sí existía una circunstancia razonable que justificaba la modificación de la situación: el estado del procedimiento que permitía pensar en que el juicio oral pudiera celebrarse antes del inexorable plazo final de la prisión conforme al artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como así ocurrió, habiéndose dictado sentencia condenatoria el día 28 de enero de 2005. La proximidad del juicio y de la sentencia es una circunstancia que justifica el reforzamiento del carácter disuasorio de la fianza.

En cuanto a la alegada indefensión por la variación de la petición del Fiscal en la comparecencia celebrada el 9 de junio de 2004, concurriría la causa de inadmisión de falta de invocación [art. 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], puesto que en dicha comparecencia no se denunció la indefensión que se dice haber padecido, pidiendo la suspensión de la comparecencia y un plazo para preparar, en su caso, las alegaciones y la defensa. Alegaciones que también pudo hacer en el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de

9 de junio de 2004, salvándose así cualquier indefensión anteriormente producida.

Respecto de la denuncia relativa a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española), este derecho no se puede vulnerar en un Auto relativo a prisión provisional, pues ésta no es una pena, sino una medida cautelar, que ni declara la culpabilidad del sujeto, ni prejuzga en modo alguno la decisión al respecto. Se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 2, para sostener que este derecho carece de ámbito de aplicación en esta materia, afirmando que en relación con el presupuesto habilitante de la medida, la existencia de indicios racionales de criminalidad, única conexión posible entre este derecho y la prisión provisional, los mismos existen y aparecen recogidos en el Auto de procesamiento y en el fundamento jurídico tercero del Auto de 25 de junio.

También rechaza el Fiscal la existencia de vulneración alguna de derechos fundamentales derivada del hecho de que la comparecencia del artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hubiera sido solicitada por el Fiscal y no se celebrara en el plazo de setenta y dos horas. De conformidad con el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la comparecencia puede acordarse de oficio y el plazo de setenta y dos horas que se invoca está previsto para otros supuestos, aquellos en que se acuerda modificar la situación personal sin haber celebrado previamente comparecencia.

En relación con el cuarto motivo de amparo, entiende el Fiscal que en él se manifiesta la mera discrepancia del recurrente con los razonamientos del Auto que recurre, poniendo de relieve que la Sala efectuó el juicio de proporcionalidad necesario entre el derecho a la libertad y la situación del procedimiento, atendiendo a las circunstancias del caso, sin infringir el derecho a la libertad, al perseguir fines constitucionalmente legítimos, como es garantizar la asistencia a juicio del acusado en quien se aprecia riesgo de fuga. Una ponderación que corresponde a los Tribunales ordinarios y no al Constitucional, cuya función se limita al control externo de la razonabilidad de la decisión y su concordancia con los fines de la institución. Cita al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio; 47/2000, de 17 de febrero; y 145/2001, de 18 de junio.

Finalmente, el quinto de los motivos de amparo, en el que se denuncia la vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley, también debe rechazar

zarse, pues no es la nacionalidad del recurrente el factor que justifica la diferencia de trato frente a otros acusados en situación de libertad, sino el distinto papel que se atribuye a cada uno de los imputados y la pertenencia a una organización con conexiones internacionales, elementos diferencia- dores que no son arbitrarios, sino que tienen relación con los fines consti- tucionalmente legítimos de las resoluciones sobre situación personal en causas penales, lo que convierte en razonable la diferencia de trato y exclu- ye la vulneración del derecho a la igualdad. Cita en apoyo de su posición la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2004, de 8 de marzo, F. 3.

Por diligencia de 11 de octubre de 2006 se hace constar que ni la repre- sentación procesal del demandante de amparo ni las demás partes perso- nadas han presentado escrito de alegaciones, quedando el recurso de amparo pendiente para deliberación cuando por turno corresponda.

Por providencia de 22 de mayo de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 25 de junio de 2004, que desestima el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 9 de junio de 2004, que acuerda la libertad provisional del recurrente siem- pre que preste fianza en metálico de 1.000.000 de euros, modificando la cuantía de la fianza establecida en el Auto de 18 de mayo de 2004, que era de 60.000 euros. Considera el demandante de amparo que estas resolu- ciones vulneran sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española) y a la igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución Española), en los términos expuestos en los antecedentes de esta resolución. Por el contrario, el Ministerio Fiscal interesa la denega- ción del amparo solicitado.

Con carácter previo al análisis de lo que constituye el núcleo esencial del presente recurso (el cuestionamiento de la legitimidad constitucional, desde la perspectiva de los artículos 24.1 y 17 de la Constitución Española, de la modificación de la cuantía de la fianza en las circunstan- cias en que se produjo, determinante del reingreso en prisión provisional

del recurrente), conviene despejar algunas cuestiones, a fin de delimitar el objeto del presente recurso de amparo.

La primera de ellas es la relativa a la causa de inadmisión puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal, respecto de la alegada indefensión a que habría dado lugar la variación de la petición del Fiscal en el acto de comparecencia del día 9 de junio de 2004. Sostiene el Fiscal que, al no haberse denunciado por la defensa del recurrente en la propia comparecencia, cuando tomó la palabra tras la intervención del Ministerio Fiscal, se incumplió de forma insubsanable el requisito procesal de invocación en el proceso tan pronto como hubo lugar para ello. No obstante, del examen del acta de la citada comparecencia se desprende que, en dicho acto, la Letrada del recurrente sí manifestó lo siguiente en relación con esta cuestión: «no es de recibo que se cite a todas las partes para que se modifique la solicitud», y ha de recordarse que hemos flexibilizado la exigencia formal de invocación, precisando que dicho requisito no exige la cita concreta de los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados, sino tan sólo que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo (Sentencias del Tribunal Constitucional 176/1991, de 19 de septiembre, F. 2; 62/1999, de 26 de abril, F. 3; y 158/2002, de 16 de septiembre, F. 4), oportunidad que sin duda tuvo el órgano judicial en el presente caso. Por otra parte, al articular el recurso de súplica se invocó ya expresamente la indefensión que ahora se denuncia en amparo —fundada en la variación de la petición del Ministerio Fiscal en el propio acto de la comparecencia—, pronunciándose el Auto de 25 de julio de 2004 sobre esta cuestión en su fundamento de Derecho segundo, al afirmar que las peticiones del Ministerio Fiscal en la comparecencia no fueron «en modo alguno extemporáneas o sorpresivas».

Ahora bien, pese a no concurrir el óbice procesal alegado, la queja ha de rechazarse, puesto que tanto en el propio acto de la comparecencia, como a través de la interposición del recurso de súplica, el recurrente fue oído y tuvo ocasión de defender sus derechos, con plenas posibilidades para alegar, contradecir y oponerse a lo solicitado y acordado, por lo que no puede afirmarse que se haya producido un menoscabo real y efectivo de sus posibilidades de defensa, ausencia de indefensión material que excluye la relevancia constitucional de la queja, conforme a nuestra doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero, F. 6; 87/2001, de 1 de mayo, F. 3; 185/2003, de 27 de octubre, F. 4; y 50/2007, de 12 de marzo, F. 4, entre otras muchas.

En segundo lugar, carece de fundamento la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española) puesto que — como sostiene el Ministerio Fiscal — este derecho no puede resultar vulnerado por unas resoluciones judiciales que se limitan a imponer una medida cautelar en el seno de un proceso penal en el que el demandante de amparo no había sido aún juzgado, ni se había producido ninguna declaración de culpabilidad, por lo que falta el presupuesto para considerar conculcado el referido derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 2; 127/1998, de 15 de junio, F. 4; y 179/2005, de 4 de julio, F. 2). Y si con la invocación de este derecho fundamental lo que se cuestiona es la existencia del presupuesto habilitante de la medida adoptada — la existencia de indicios racionales de criminalidad — la queja ha de reconducirse a las relativas al derecho a la libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 66/1997, de 7 de abril, F. 4; y 47/2000, de 17 de febrero, F. 6).

Igualmente ha de desestimarse la alegada vulneración del principio de igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución Española), dado que el recurrente no aporta un término de comparación válido a partir del cual este Tribunal pueda entrar a valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa que se invoca. Una carga que corresponde al recurrente y cuyo incumplimiento determina, según jurisprudencia constante, la desestimación de la queja (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 57/2001, de 26 de febrero, F. 2; 152/2002, de 15 de julio, F. 2; y 229/2003, de 18 de diciembre, F. 6).

En efecto, la demanda afirma que el recurrente y otros tres ciudadanos turcos son los únicos para los que el Ministerio Fiscal solicitó la revocación de la reducción de la fianza, y que muchos de los coimputados se encuentran en libertad provisional, limitándose a citar los Autos en los que se acuerda, sin aportarlos y sin acreditar en modo alguno los datos concretos en los que basa la pretendida identidad sustancial de las circunstancias personales concurrentes en los casos traídos a comparación. Y constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal la que afirma que no pueden sustentarse agravios comparativos en esta materia sobre la base de datos meramente objetivos, puesto que la adopción de una medida caute-

lar como la prisión provisional requiere la consideración de circunstancias personales y elementos subjetivos, de modo que sin la aportación de los datos concretos acerca de la identidad sustancial de esas circunstancias personales concurrentes en los casos traídos a comparación resulta imposible llevar a cabo el juicio de igualdad (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 2; 158/1996, de 15 de octubre, F. 4; y 157/1997, de 29 de septiembre, F. 6).

Rechazadas las restantes alegaciones, el objeto del presente proceso constitucional se circunscribe al análisis de las quejas que el recurrente, bajo la invocación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), y con diversas perspectivas, articula en torno al hecho de que la modificación de la cuantía de la fianza, determinante de su reingreso en prisión provisional, por el mismo órgano judicial que días antes había acordado su reducción y decretado la libertad provisional, se produce sin que las resoluciones recurridas tomen en consideración ningún hecho, dato o circunstancia distinto de los tenidos en cuenta por el Auto de 18 de mayo de 2004, en cuya fundamentación se analizan los mismos elementos que en los impugnados a la hora de valorar los indicios racionales de criminalidad y el riesgo de fuga, pese a lo cual se acuerda fijar la cuantía de la fianza en 60.000 euros.

La primera de las perspectivas abordadas por el recurrente es la del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, por entender que las resoluciones recurridas suponen una modificación fuera de los cauces legalmente previstos del Auto de 18 de mayo de 2004, que al no ser recurrido por el Ministerio Fiscal había devenido firme.

Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) el derecho a que las resoluciones firmes no sean modificadas o revisadas fuera de los cauces expresamente previstos en el ordenamiento, derecho que se conecta con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. En concreto, hemos afirmado que el derecho a la tutela judicial efectiva asegura a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la

protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 49/2004, de 30 de marzo, F. 2; 89/2004, de 19 de mayo, F. 3; 190/2004, de 2 de noviembre, F. 3; 224/2004, de 29 de noviembre, F. 6; 23/2005, de 14 de febrero, F. 4; o 162/2006, de 22 de mayo, F. 6; 289/2006, de 9 de octubre, F. 3; y 305/2006, 23 de octubre, F. 5).

Ahora bien, ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo previsto en el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa». Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) «cuantas veces sea procedente» y a modificar la cuantía de la fianza «en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio». Como recordábamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1997, de 7 de abril, F. 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional «obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente».

La particular característica de que los Autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (Auto del Tribunal Constitucional 668/1986, de 30 de julio, F. 1) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia — por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas— obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida. Esta facultad de las partes de reiterar su pretensión —aun después de haber agotado los posibles recursos— no está supeditada por la Ley al advenimiento de nuevos hechos en el curso del proceso, ni aun siquiera a la aportación de nuevos elementos de juicio o argumentaciones distintas

de las que ya hubieran sido expuestas con anterioridad.

Naturalmente, sin perjuicio de la referida facultad de las partes, el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no proporciona cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración —plasmada en la resolución judicial— de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica.

En el presente caso, el Auto que había rebajado la fianza (Auto de 18 de mayo de 2004) no contenía razonamiento específico alguno para acordar tal reducción, puesto que, tras indicar las razones por las que procedía mantener la medida de prisión provisional, se limitaba a señalar que «No obstante, procede efectuar una reducción en la cantidad señalada como fianza para eludir la prisión provisional que se fija en la suma de cincuenta mil euros». El Auto que vuelve a elevar la fianza (Auto de 9 de junio de 2004) se sustenta en una consideración de «los rotundos argumentos del Ministerio Fiscal» expuestos en la comparecencia celebrada ese mismo día. Y el Auto que confirma en reforma el anterior (Auto de 25 de junio de 2004) insiste en que las alegaciones del Ministerio Fiscal en dicho acto «suponen indudablemente una variación circunstancial que necesita de una nueva consideración por la Sala y que determinó el Auto aquí cuestionado». En consecuencia, la decisión de elevar la cuantía de la fianza se sustenta en la aceptación de las razones aducidas por el Ministerio Fiscal en la comparecencia de 9 de junio de 2004.

Siendo así, en el presente caso no puede sostenerse que nos encontremos técnicamente ante la alteración o modificación de una resolución judicial firme y definitiva fuera de los cauces previstos por la Ley, sino ante la adopción de una nueva decisión relativa a la situación personal del imputado, tomada al amparo de lo previsto en el citado artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cuestión a analizar es si esa nueva decisión se fundamenta de modo constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad en juego, y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso, pues como recordábamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2003, de 5

de mayo, F. 5, «la facultad de reforma aludida no queda ilimitadamente confiada al órgano judicial».

Ese análisis ha de partir de la consolidada jurisprudencia de este Tribunal en esta materia:

a) Este Tribunal ha declarado que la libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal que implica una restricción de la libertad personal, debe ser contrastada con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1997, de 17 de marzo, F. 9; 14/2000, de 17 de enero, F. 7; y Auto del Tribunal Constitucional 312/2003, de 29 de septiembre, F. 4).

Asimismo, hemos afirmado que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permite eludirla, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 28 de diciembre, F. 5; 14/2000, de 17 de enero, F. 7; 169/2001, de 16 julio, F. 4.b; Autos del Tribunal Constitucional 336/1995, de 11 de diciembre; 158/2000, de 15 de junio, F. 2; y 312/2003, de 29 de septiembre, F. 4).

b) En relación con la prisión provisional, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de junio, hemos venido afirmando que se trata de una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva); y como objeto, que se la conciba tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, FF. 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, F. 4; 33/1999, de 8 de marzo, F. 3; 47/2000, de 17 de febrero, F. 3; o más

recientemente Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2007, de 12 de febrero, F. 2).

c) Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse a través de una resolución judicial motivada, motivación que ha de ser «suficiente y razonable», entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego —la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro— a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional.

Para ello, obviamente, la resolución judicial ha de expresar cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido. Y, en relación con la constatación del peligro de fuga, hemos destacado que deberán tomarse en consideración «además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado», matizando que, si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional pueden justificar que se adopte atendiendo sólo a circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto privado de libertad y los datos del caso concreto (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 4; 66/1997, de 7 de abril, F. 4; 47/2000, de 17 de febrero, F. 3; 35/2007, de 12 de febrero, F. 2).

Por otra parte, respecto a la proximidad de la celebración del juicio oral como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, este Tribunal ha sostenido que al tener este dato un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 3; 66/1997, de 7 de abril, F. 6; 146/1997, de 15 de septiembre F. 5;

33/1999, 8 de marzo, F. 6; y 35/2007, de 12 de febrero, F. 2). En particular en la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1997, F. 6, sostuvimos que «el hecho de que la tramitación se halle avanzada y la vista próxima es en sí mismo considerado un dato ambivalente a los efectos de nuestro enjuiciamiento: es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. Sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que acabamos de indicar, no sólo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como se razonó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995 con amplia cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el argumento del peligro de fuga "se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968, caso Wemhoff; de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter)" [fundamento jurídico 4 b)]. Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral —dato puramente objetivo—, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya».

d) La falta de motivación, en los términos anteriormente expuestos, de la resolución judicial afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio F. 4; 47/2000, de 17 de febrero, F. 3; 29/2001, de 29 de enero, F. 2; y 138/2002, de 3 de junio, F. 3).

Conforme a reiterados pronunciamientos de este Tribunal, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tute-

la judicial efectiva. Una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación no sólo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero, F. 7; y 29/2001, de 29 de enero, F. 2). Por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque del deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad.

e) Finalmente, hemos de recordar también que es a la jurisdicción ordinaria a la que compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, única que goza de la inmediatez necesaria para ello. A este Tribunal, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, le corresponde controlar que dicha justificación, articulada a través de la motivación de las resoluciones judiciales, se lleve a cabo ponderando adecuadamente los derechos e intereses en conflicto y resolviendo de forma acorde con los fines legítimos que permiten justificar la limitación cautelar de la libertad personal (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 4; 66/1997, de 7 de abril, F. 4; 47/2000, de 17 de febrero, F. 7; 179/2005, de 4 de julio, F. 4; y 35/2007, de 12 de febrero, F. 2).

La aplicación al caso de la doctrina anteriormente expuesta exige el análisis del contenido de las resoluciones judiciales impugnadas y de las peculiares circunstancias de este caso.

Como con mayor detalle se hace constar en los antecedentes de esta resolución, la prisión provisional del recurrente —que fue inicialmente adoptada tras constatar la existencia de indicios racionales de su participación en una organización internacional de tráfico de drogas a gran escala y sucesivamente prorrogada hasta la obtención de la libertad bajo fianza días antes— se reinstaura, tras elevarse la cuantía de la fianza a la anteriormente fijada y que no había podido ser pagada, mediante Auto de 9 de junio de 2004. Esta resolución afirma el riesgo de fuga y la necesidad de modificar el criterio sentado en el Auto de 18 de mayo de 2004

sobre la base de la naturaleza y gravedad de las imputaciones, la variedad de las mismas, el papel que se atribuye al recurrente en el Auto de procesamiento en el seno de una organización con conexiones internacionales y el elevado valor de la droga intervenida; «parámetros que considerados por la Sala y a la vista de los rotundos argumentos del Ministerio Público» le llevan a modificar su anterior criterio «y entender como más adecuada la decisión del Instructor fijada en el Auto de 17 de febrero de 2004; ello sin olvidar que si ciertamente ha transcurrido un período de tiempo, no supone una variación sustancial que conlleve una modificación de la cuantía de las fianzas, máxime cuando el estado actual del procedimiento permite albergar la esperanza —dependiente no sólo del órgano judicial sino de la cooperación de las partes— de que el juicio oral podrá celebrarse antes del inexorable plazo final de la prisión conforme al artículo 504.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal».

El Ministerio Fiscal, a cuyos rotundos argumentos se remite el Auto, en la comparecencia celebrada ese mismo día había hechos suyos los argumentos esgrimidos por el Juez Central de Instrucción al fijar la cuantía de la fianza en el Auto de 17 de febrero de 2004; se había remitido al Auto de procesamiento de 29 de agosto de 2003 en relación a los hechos imputados; y, tras hacer referencia a la gravedad de mismos, había destacado también el dato de que el recurrente no fuera originario de España y que sus vínculos más fuertes aparecían en el extranjero, consistiendo la vinculación con España esencialmente en la actividad delictiva desarrollada. De todo lo cual infiere el riesgo de fuga del encausado, cuya presencia considera esencial en el acto del juicio, que a la vista del estado del procedimiento podría celebrarse antes de que se agote el plazo máximo de prisión provisional.

El Auto de 25 de junio de 2004, por su parte, en su fundamento jurídico tercero —y a los efectos que ahora interesan— sostiene que la Sala ha valorado la imputación que se recoge en el Auto de procesamiento «como simples indicios racionales de criminalidad de los que se induce el riesgo de fuga que se mantiene con la suficiente entidad como para ser considerado a fin de calibrar la cantidad y calidad de la fianza (artículo 531 de la Ley de enjuiciamiento criminal), como garantía del sometimiento al proceso y previamente teniendo en cuenta, como lo hizo el Instructor, el mayor o menor arraigo en España y el tiempo de privación de libertad».

Ambos Autos dejan constancia de la existencia del presupuesto de la medida, esto es, la existencia de indicios de la comisión del delito que se

le imputa al recurrente, sobre la base de los múltiples datos obrantes en las anteriores resoluciones del Instructor y en el Auto de procesamiento, a los que se remiten tanto el Ministerio Fiscal en la comparecencia como las resoluciones recurridas, sin que a este Tribunal le corresponda realizar ningún otro juicio al respecto desde la perspectiva del derecho a la libertad que nos ocupa.

Por otra parte, ambas resoluciones judiciales hacen referencia al riesgo de fuga del recurrente como la finalidad constitucionalmente legítima que se persigue con la decisión adoptada. Un riesgo que se hace derivar no sólo del dato objetivo de la naturaleza, gravedad y variedad de las imputaciones, sino también —siquiera por la remisión a los «rotundos argumentos del Ministerio público» que hace el Auto de 9 de junio y a los argumentos del Instructor a los que se remite el de 25 de junio— de los datos personales del preso preventivo, relativos a su escaso arraigo en España y a sus fuertes conexiones con otros países a la hora de afirmar la concurrencia del riesgo de fuga. A ello se añade la referencia al estado del procedimiento y a la previsión de que se celebre el acto del juicio antes de que finalice el plazo máximo de prisión provisional, un dato ambivalente —como anteriormente señalamos y que en sí mismo carece de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya—, pero que en cuanto puede derivarse del mismo la consolidación de la imputación concreta podría contribuir a fundamentar, junto a los otros, el riesgo de fuga (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2007, de 12 de febrero, F. 4).

De todo ello se deriva que no procede entender que se hayan producido las lesiones de los derechos fundamentales denunciadas por el recurrente.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por C. E.

2.- SENTENCIA 169/2008 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 15/12/08

Vulneración del derecho a la libertad personal por resolución judicial de internamiento.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 27 de septiembre de 2006, el Abogado don C. P. C., designado por el turno de oficio para la defensa de don, S. A., manifestó su intención de interponer, en nombre y representación de éste, recurso de amparo contra los Autos citados en el encabezamiento, solicitando que se designase Procurador del turno de oficio al recurrente para que le represente en este proceso constitucional.

Efectuada la designación, por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 20 de noviembre de 2006 se requirió a dicha Procuradora para que en plazo de veinte días y bajo la dirección del Abogado don C. P. C., procediese a formalizar la demanda de amparo, requerimiento que fue cumplimentado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 21 de diciembre de 2006.

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso de amparo, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) Hacia las 21:00 del 22 de mayo de 2006 el demandante de amparo fue detenido en Madrid por agentes de la Policía Nacional, por tratarse de extranjero indocumentado. Tras la práctica de las oportunas diligencias los agentes le identificaron entonces como M. A. S., de nacionalidad marroquí, sobre el que pesa una orden firme de expulsión de 9 de agosto de 2004, que fue ejecutada el 14 de diciembre de 2004 por el puesto fronterizo de Melilla, con prohibición de entrada en España por diez años (esto es, hasta el 13 de diciembre de 2014); consta igualmente que contravino dicha orden y fue nuevamente expulsado por el mismo puesto fronterizo el 22 de marzo de 2006. Ello dio lugar a que, a propuesta de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, la Delegación del Gobierno en Madrid acordase mediante Resolución de 23 de mayo de 2006, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.2 a) de la Ley

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, la devolución de don M. A. S. a su país de origen, por haber contravenido la prohibición de entrada en España con vencimiento el 13 de diciembre de 2014, devolución que conlleva el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada acordado por la resolución de expulsión quebrantada, de conformidad con el artículo 58.6 de la Ley Orgánica de Extranjería. Contra dicha resolución interpuso recurso de alzada, con petición de suspensión.

b) La Brigada Provincial de Extranjería y Documentación solicitó de la autoridad judicial el 24 de mayo de 2006 la medida cautelar de internamiento prevista para los expedientes de expulsión, en virtud de lo establecido en el artículo 58.5 de la Ley Orgánica de Extranjería, a fin de asegurar la devolución del recurrente en amparo a Marruecos. El conocimiento de esta solicitud correspondió al Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid, que incoó las diligencias previas núm. 4899-2006 y decretó mediante Auto de 25 de mayo de 2006 el internamiento del recurrente, por un tiempo máximo de cuarenta días, para proceder a su devolución a Marruecos, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería. Dicho Auto se acordó previa audiencia del Ministerio Fiscal, que manifestó su conformidad con el internamiento solicitado, y tras recibir declaración al recurrente, al que se le hizo saber, asistido de Letrado e intérprete de árabe, de la existencia de la orden de expulsión con prohibición de entrada en España hasta el 13 de diciembre de 2014. En el Auto se razona (fundamento de Derecho primero) que «el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas sentencias sobre los criterios que ha de tener en consideración el Juez, al efectuar el control de un extranjero conforme, a lo que autoriza el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 8/2000», citando seguidamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre, y concluyendo (fundamento de Derecho segundo) que «en el presente caso, concurre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo y, atendidas las circunstancias concurrentes, se hace necesaria la medida cautelar de internamiento para garantizar la efectividad de la decisión administrativa de expulsión, por lo que debe autorizarse el internamiento interesado».

c) Contra el Auto precitado el demandante de amparo interpuso recurso de apelación, alegando indefensión, porque el Letrado presente en la declaración nada pudo alegar frente a la solicitud de internamiento.

Asimismo alegó la vulneración de sus derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por haberse acordado el internamiento sin motivación suficiente. Adujo también la falta de identidad entre el recurrente y la persona a la que le fue decretada originariamente la expulsión. En fin, alegó indefensión por ausencia del trámite de audiencia y asistencia letrada durante la detención policial, y que la inicial orden de expulsión se notificó a persona distinta del recurrente y del tercero con el que ha sido identificado.

El recurso (rollo núm. 320-2006) fue resuelto por Auto de 1 de septiembre de 2006 de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró que la apelación había quedado sin objeto a la vista de que, según consta en las actuaciones, la devolución del demandante a su país de origen, por quebrantar la orden de prohibición de entrada en España durante diez años, había tenido lugar efectivamente el 6 de junio de 2006, dentro de los cuarenta días por los que fue acordado el internamiento impugnado.

En la demanda de amparo se alega, con cita de la doctrina sentada en Sentencias del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, 144/1990, de 26 de septiembre, y 96/1995, de 19 de junio, que el Auto del Juzgado de Instrucción que acordó el internamiento del recurrente incurre en vulneración de los derechos a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), por falta de motivación, ya que no exterioriza las razones concretas que justifican la adopción de una medida tan grave y excepcional, que afecta a la libertad del extranjero, como es el internamiento; vulneración ésta que resulta imputable igualmente al Auto de la Audiencia Provincial, por no haber reparado la lesión cometida por el Juzgado. Se denuncia también que el Auto del Juzgado vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pues se entiende que fue dictado sin dar trámite al Abogado del recurrente para formular alegaciones o proponer medios de prueba.

Por providencia de 4 de junio de 2008 la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio del rollo de apelación núm. 320-2006 y de diligencias previas núm. 4899-

2006, interesándose al propio tiempo que se emplazase a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del demandante de amparo, ya personado, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda de amparo presentada.

Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de septiembre de 2008 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se acordó dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del demandante de amparo, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

El 14 de octubre de 2008 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal el escrito de alegaciones del recurrente, en el que, en sustancia, viene a reiterar lo expuesto en la demanda de amparo.

El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 31 de octubre de 2008. Comienza el Fiscal descartando que se haya producido la pretendida lesión del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, pues para decretar su internamiento fue oído el 25 de mayo de 2006 por el Juez, que le informó de los motivos de su detención y de la existencia de la orden de expulsión de España con prohibición de entrada hasta el 13 de diciembre de 2014, frente a lo cual el recurrente, asistido de Abogado y de intérprete, alegó lo que tuvo por conveniente respecto a la expulsión, sin que el hecho de que no se diese trámite de audiencia a su Abogado para formular alegaciones o proponer medios de prueba sobre la medida de internamiento interesada afecte a dicho derecho fundamental, ya que ese trámite no es un requisito legalmente exigido.

El objeto del recurso de amparo queda así circunscrito —continúa el Fiscal— a dilucidar si el Auto del Juzgado de Instrucción que acuerda el internamiento del recurrente vulnera los derechos de éste a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), por carecer de motivación. A juicio del Fiscal, así es, porque el Auto, en su fundamentación jurídica, se ha limitado para motivar la medida de internamiento, a citar el artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y, tras hacer referencia a la

Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990 (sobre las circunstancias a tener en cuenta por el órgano judicial para adoptar el internamiento), a señalar que «en el presente caso concurre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo y atendidas las circunstancias concurrente, se hace necesaria la medida cautelar de internamiento, para garantizar la efectividad de la decisión administrativa de expulsión, por lo que debe autorizarse el internamiento interesado», argumentación que no explica las razones del internamiento atendidas las circunstancias concurrentes en el solicitante de amparo, por lo que la privación de libertad en que consiste el internamiento sin ponderar, razonar y explicar las circunstancias personales del extranjero afectado no satisface las exigencias constitucionales de motivación para adoptar esta medida cautelar.

La vulneración por el Auto del Juzgado de Instrucción que acordó el internamiento del recurrente de sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española) no fue reparada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, al declarar en su Auto de 1 de septiembre de 2006 que el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado había quedado sin objeto, al constatar que ya se había ejecutado la devolución del recurrente a Marruecos, en ejecución de la resolución de 23 de mayo de 2006 de la Delegación del Gobierno de Madrid que acordaba la devolución. De este modo, concluye el Fiscal, la legitimidad del internamiento ha quedado indebidamente imprejuizada por la solución dada al recurso de apelación, pues al declarar la pérdida de objeto del mismo la Sala no ha valorado si el Auto del Juzgado contenía la motivación suficiente para justificar la adopción de la medida de internamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Sin perjuicio de lo anterior, advierte el Fiscal que en el momento de presentarse la demanda de amparo la lesión del derecho a la libertad no persistía, puesto que la devolución del recurrente a Marruecos, llevada a cabo el 6 de junio de 2006, había dejado sin efecto la medida privativa de libertad. Ello no significa, sin embargo, que el recurso de amparo haya perdido su objeto (dado que el cese de la medida privativa de libertad, el internamiento, no ha sido consecuencia de una satisfacción procesal, sino de la ejecución de la resolución administrativa que acordó la devolución del recurrente a su país de origen), pero sí afecta al alcance del pronunciamiento de amparo ex art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que debe ser meramente declarativo de la vulneración de

los derechos del recurrente a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), con declaración de la nulidad de los Autos impugnados.

Por providencia de 11 de diciembre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El presente recurso de amparo se circunscribe a determinar si, como sostienen el recurrente y el Ministerio Fiscal, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid de 25 de mayo de 2006 vulneró los derechos a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) del recurrente por falta de motivación del internamiento decretado a solicitud de la Delegación del Gobierno en Madrid, a fin de asegurar la devolución de aquél a Marruecos, por haber quebrantado la orden de prohibición de entrada en España durante diez años acordada por resolución de dicha Delegación el 9 de agosto de 2004. En la misma vulneración habría incurrido, a juicio del recurrente y del Ministerio Fiscal, el Auto de 1 de septiembre de 2006 de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial, que acordó el archivo del recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado, por considerar que dicho recurso había quedado sin objeto al haberse producido ya la devolución del recurrente a Marruecos, dejando así sin reparación la lesión constitucional producida en instancia. Además, se sostiene en la demanda de amparo que el Auto del Juzgado vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), porque fue dictado sin dar trámite al Abogado del recurrente para formular alegaciones o proponer medios de prueba en relación con la procedencia de la medida de internamiento, vulneración ésta que el Ministerio Fiscal rechaza que se haya producido.

Por lo que se refiere a la primera y principal de las quejas formuladas por el demandante de amparo, esto es, la lesión de los derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del internamiento decretado por el Juzgado a fin de asegurar la devolución del demandante a Marruecos, procede recordar que, en relación con la medida de internamiento de extranjero pendiente de expulsión prevista enton-

ces en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Ley derogada por la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), este Tribunal tuvo ocasión de declarar en su Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio (que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la referida Ley), la conformidad de dicha regulación con la Constitución, señalando, por lo que aquí interesa, que «el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión» (F. 1), e insistiendo en que «la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser "adoptada mediante resolución judicial motivada" (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1982, de 2 de julio), que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (artículo 24.1 y 17.3 de la Constitución), incluidos los previstos en el art. 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el artículo 5.4 del citado Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales» (F. 1).

Esta doctrina sobre la importancia de la garantía de motivación del Auto de internamiento del extranjero es reiterada en las posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre (F. 4), 96/1995, de 19 de junio (F. 3), y 182/1996, de 12 de noviembre (F. 3); en las que se insiste en que, para acordar el internamiento preventivo del extranjero, el órgano judicial habrá de adoptar su decisión motivadamente, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, concernientes, entre otros aspectos, a los señalados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 (F. 1), «dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad

debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial» (Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, F. 4).

La medida de internamiento del extranjero para proceder a su expulsión (o a su devolución, cuando la misma no se pudiera ejecutar en 72 horas) se contempla actualmente en los artículos 58.5 y 62 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley Orgánica de Extranjería), habiéndose reiterado en relación con esta nueva regulación la doctrina antes citada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 303/2005, de 24 de noviembre, y 260/2007, de 20 de diciembre, en las que se recuerda que las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus (Sentencias del Tribunal Constitucional 303/2005, F. 3 y 260/2007, F. 6). Garantías que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, «comprenden la necesaria y previa audiencia del interesado; la exigencia de que sea el Juez de Instrucción competente el que disponga el ingreso en un centro de internamiento mediante un Auto motivado y en el que, sobre la base de una duración máxima de cuarenta días, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, el Juez podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, F. 6).

Así pues, para acordar la medida cautelar de internamiento del extranjero, el Juez de Instrucción habrá de adoptar su decisión motivadamente, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión o de devolución invocada por la autoridad gubernativa, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida, al hecho de que carezca de domicilio o de documentación, a la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, o a cualquier otra circunstancia que el Juez estime relevante para adoptar su decisión.

En el presente caso, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Delegación del Gobierno en Madrid acordó mediante Resolución de 23 de mayo de 2006, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.2 a) de la Ley Orgánica de Extranjería («no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros ... que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España»), la devolución del recurrente en amparo a su país de origen (Marruecos), por haber infringido la orden de expulsión con prohibición de entrada en España durante diez años que le fue impuesta bajo la identidad de M. A. S. por Resolución de dicha Delegación de 9 de agosto de 2004, ejecutada el 14 de diciembre de 2004.

A fin de asegurar la devolución del recurrente en amparo a Marruecos, la autoridad gubernativa solicitó el 24 de mayo de 2006 al Juzgado de Instrucción que autorizase la medida cautelar de internamiento prevista para los expedientes de expulsión, en virtud de lo establecido en el artículo 58.5 de la Ley Orgánica de Extranjería, por no poderse ejecutar la devolución en el plazo de 72 horas. Dicha solicitud fue estimada, previa conformidad del Ministerio Fiscal, por el Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid, que decretó mediante Auto de 25 de mayo de 2006 el internamiento del recurrente por un tiempo máximo de cuarenta días, para proceder a su devolución a Marruecos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, razonando como fundamento de la decisión que «en el presente caso, concurre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo y, atendidas las circunstancias concurrentes, se hace necesaria la medida cautelar de internamiento para garantizar la efectividad de la decisión administrativa de expulsión, por lo que debe autorizarse el internamiento interesado».

Con arreglo al artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería el ingreso del ciudadano extranjero en un centro de internamiento a efectos de su expulsión (o de su devolución al país de origen, conforme a lo establecido en el artículo 58.5 de la Ley Orgánica de Extranjería) habrá de resolverse «mediante Auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes».

Pues bien, de la simple lectura del Auto impugnado se desprende que la decisión de internamiento fue adoptada sin explicitar, como exigen la

referida doctrina constitucional, así como la propia normativa al respecto, «las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes» (segundo párrafo del artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería). El Juez de Instrucción no expresa los motivos y causas en virtud de los cuales acuerda el internamiento del detenido por un plazo máximo de cuarenta días, para su devolución a Marruecos, limitándose a señalar que «concorre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo y atendidas las circunstancias concurrentes», sin indicar cuáles son éstas, y ello pese a que, como acertadamente pone de relieve en Ministerio Fiscal, el órgano judicial disponía de información suficiente sobre las circunstancias que concurrían en el demandante de amparo, reflejadas en las diligencias policiales (en las que se hacía constar la carencia de cualquier documentación identificativa; la falta de arraigo personal y familiar; la correspondencia de la identidad del recurrente detenido como, S. A. con quien fue expulsado como M. A. S. mediante orden de expulsión de 9 de agosto de 2004; el haber sido ya expulsado con anterioridad el 12 de septiembre de 2004, el 10 de junio de 2005 y el 22 de marzo de 2006; el haber sido detenido en varias ocasiones con ocasión de supuestas infracciones penales; y la utilización de diferentes identidades en esas anteriores detenciones), sin perjuicio de valorar las declaraciones efectuadas por el propio recurrente ante el Juzgado (que negó que hubiera sido detenido con anterioridad y que hubiera sido expulsado de España en ningún momento bajo distinta identidad, afirmando que se encontraba en nuestro país de forma ininterrumpida desde el año 2002, que tenía familia en Ibiza, y que trabajaba de albañil y tenía domicilio fijo en Madrid).

En definitiva, el internamiento se acordó sin explicitar el Juzgado de Instrucción, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en el demandante de amparo fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad del demandante decretada por el Auto de internamiento infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), en cuanto que de la resolución judicial no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada.

La lesión ocasionada a los derechos del demandante por el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid de 25 de mayo de 2006 no fue reparada por la Audiencia Provincial de Madrid, que se limitó a declarar en su Auto de 1 de septiembre de 2006 que el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el Auto de internamiento había quedado sin objeto, toda vez que la devolución de aquél a Marruecos había sido ya ejecutada el 6 de junio de 2006, dentro del plazo de cuarenta días por el que fue acordado el internamiento.

De este modo la Audiencia Provincial dejó injustificadamente de pronunciarse sobre la vulneración de derechos denunciada por el demandante en su recurso de apelación, pues, como señala con acierto el Ministerio Fiscal, el hecho de que el internamiento ya hubiera cesado como consecuencia de la efectiva ejecución de la orden de devolución dictada por la autoridad gubernativa, no eximía al Tribunal ad quem de examinar si el Auto del Juzgado de Instrucción contenía, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso y las alegaciones del propio recurrente, la motivación exigible para acordar la medida de internamiento, conforme establece el artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y la doctrina constitucional citada, por tratarse de una medida excepcional que afecta al derecho fundamental a la libertad personal. En consecuencia, el Auto de la Audiencia Provincial, que ha puesto fin al proceso sin atender al control de la legitimidad de la medida de internamiento acordada por el Auto del Juzgado, incurre a su vez en vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva.

La estimación de la queja referida a la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del Auto de internamiento dictado por el Juzgado de Instrucción —vulneración que se extiende al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que declaró sin objeto el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado, dejando así sin reparar la lesión de derechos ocasionada por éste— hace innecesario pronunciarse sobre la queja del demandante referida a la pretendida lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Sin perjuicio de ello cumple advertir que de las actuaciones resulta que en la diligencia de declaración consta que el demandante fue informado de sus derechos y asistido por un Abogado (el mismo que le asiste en el recurso de amparo) y por un intérprete. No consta que ni el demandante ni su Abogado solicitaran la práctica de diligencia alguna, de modo que el internamiento fue adoptado previa audiencia del interesado, como exige el

artículo 62.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, al que se remite el artículo 58.5 de la Ley Orgánica de Extranjería, relativo al internamiento para asegurar la devolución a su país de origen de los extranjeros que, habiendo sido previamente expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España.

En fin, en cuanto al alcance del otorgamiento del amparo éste ha de limitarse, como señala el Fiscal, al reconocimiento de los derechos lesionados y a declarar la nulidad de los Autos impugnados, sin que proceda realizar ningún otro pronunciamiento para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos vulnerados, toda vez que, como ha quedado expuesto, la efectiva ejecución de la orden gubernativa de devolución del demandante a su país de origen, que tuvo lugar el 6 de junio de 2006, dentro del plazo máximo de cuarenta días por el que fue acordado el internamiento, puso fin a esta medida cautelar, dejando así de concurrir la situación de privación de libertad inherente a la misma.

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, S. A. y, en su virtud:

1º Reconocer sus derechos a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

2º Anular el Auto dictado el 25 de mayo de 2006 por el Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid en diligencias previas núm. 4899-2006, así como el Auto dictado el 1 de septiembre de 2006 por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 320-2006.

3.- SENTENCIA 172/2008 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 18/12/08

Vulneración del derecho a la libertad personal por inadmisión "ad limine" del habeas corpus.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 28 de julio de 2003 el Letrado don M. R. G., manifestando defender de oficio a don S. M., don S. B., don R. B., don M. E. M., don M. G., don M. E. K. y don A. E. O., interpuso recurso de amparo contra la resolución del Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Puerto del Rosario citada más arriba. En su escrito solicitaba el Letrado que se oficiara al Colegio de Procuradores de Madrid a efectos de que nombrase a uno de sus colegiados para representar a los demandantes y se indicaba que, dadas las especiales características de este tipo de diligencias, es el propio Letrado quien solicita el amparo del Tribunal, así como que era difícil que la demanda fuera suscrita por las personas en cuyo nombre se instó el procedimiento de habeas corpus, pues ya se encontraban repatriadas.

Los fundamentos de hecho de la demanda de amparo son los siguientes:

a) El Letrado afirma en su demanda que don S. M., don S. B., don R. B., don M. E. M., don M. G., don M. E. K. y don A. E. O. fueron detenidos a las 00:00 horas del 16 de julio de 2003, por agentes policiales de la comisaría de Puerto del Rosario, una vez fueron presentados allí por efectivos de la Guardia Civil de Gran Tarajal, tras haberlos interceptado a las 16:30 horas del día 15 de julio de 2003 a bordo de una patera a 20 millas al través del Faro de la Entallada, término municipal de Tuineje.

b) El mismo día 16 de julio de 2003, por medio de escrito firmado por el Abogado don M. R. G., afirmando actuar en nombre de los arriba citados, se planteó ante el Juzgado de guardia de Puerto del Rosario (Fuerteventura) una solicitud de habeas corpus, en los siguientes términos: Que incumpliendo lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todos estos extranjeros han sido detenidos a 20 millas del territorio español, es decir, en aguas no jurisdiccionales. Este hecho podría constituir, además, un supuesto de detención ilegal previsto en el artículo 167 del Código Penal. Se da además la penosa situación de estar todos ellos internados ilícitamente en el Centro de «El Matorral». Si como señala el atestado, la patera estaba en grave peligro, es plausible la conducta de la Benemérita de auxiliarles, pero nunca podrán ser después detenidos ni, por supuesto, retenidos en el centro de internamiento. Por todo ello, solicitaba que, tras los trámites procesales oportunos, se acordara la libertad de todos ellos, por estar ilegalmente detenidos e ilícitamente retenidos,

todo ello sin perjuicio de depurar las responsabilidades que pudieran derivarse de las circunstancias en que se produjo tal situación.

c) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario resolvió sobre la petición mediante Auto de 16 de julio de 2003, que inadmitía a trámite la solicitud de habeas corpus presentada. El fundamento jurídico único de la resolución tenía el siguiente contenido: «El artículo 6 de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus dispone que promovida dicha solicitud el Juez examinará la concurrencia de los requisitos necesarios para su tramitación. Pues bien, de las propias manifestaciones del letrado y del atestado recabado a la fuerza actuante se desprende que la actuación de la Guardia Civil obedeció a razones humanitarias, trasladando a los ocupantes de la patera a la patrullera de la Guardia Civil y posteriormente a la costa más cercana, atendido el grave peligro que corría la vida de los ocupantes de la misma. En cuanto a la posterior detención de los inmigrantes una vez llegados a las costas españolas y su posterior internamiento en el centro de extranjeros de esta localidad debe señalarse que dicha actuación se ampara en la presunta comisión por los extranjeros de la infracción prevista en el artículo 58.2 b) de la Ley de extranjería 8/2000 al intentar entrar ilegalmente en territorio español, lo que lógicamente no podía ser obviado por la fuerza actuante. De tal modo que no habiendo transcurrido el plazo máximo de detención por la autoridad administrativa su estancia en el centro de internamiento de esta localidad deviene legal, respondiendo a la lícita finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer en el expediente. Por todo ello, la legalidad de la actuación desplegada por la fuerza actuante determina, de conformidad con lo ordenado en el artículo 6 de la meritada Ley, la denegación de la solicitud presentada, al no apreciarse que las personas detenidas lo hayan sido ilegalmente».

La demanda de amparo alega la violación del derecho a la libertad, regulado en el artículo 17 de la Constitución Española, argumentando que a pesar de reconocer que la conducta de los miembros de la Guardia Civil fue elogiable, auxiliando a personas que se encontraban en peligro, como quiera que la distancia a la que se prestó esa ayuda fue a 25 millas de las costas de Fuerteventura, no debió presuponerse que tan lejos de las aguas jurisdiccionales españolas se estaba cometiendo una infracción administrativa y, por tanto, una vez llegados a territorio español no se les debió detener ni internar. A los demandantes se les trajo a territorio español, en la opinión del Letrado demandante, sin que constara que esa fuera su

voluntad, y después se les acusó de haber cometido una infracción administrativa, según el tipo contemplado en el artículo 167 del Código Penal, lo que atenta contra el derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).

Por diligencia de 26 de octubre de 2004 de la Sección Segunda de este Tribunal se acordó librar despacho al Colegio de Procuradores de Madrid para que se designara al citado recurrente Procurador del turno de oficio que le representara en el presente recurso de amparo. Recibido el despacho correspondiente, se tuvo por hecha la designación mediante nueva diligencia de ordenación, de fecha 18 de noviembre de 2004.

Mediante nueva diligencia de ordenación, de 24 de mayo de 2006, se acordó requerir al Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Puerto del Rosario y a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de dicha localidad, para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio de procedimiento de habeas corpus núm. 3-2003 así como, en su caso, de las diligencias indeterminadas de las que dimana y actuaciones policiales referidas a los recurrentes.

Recibido el testimonio, se dictó nueva diligencia de ordenación, de 26 de abril de 2007, teniéndolo por recibido. Por providencia de la misma fecha fue admitido a trámite y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se dio vista de todas las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a la Procuradora designada, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

Las alegaciones de los demandantes de amparo se presentaron ante el Tribunal con fecha 23 de mayo de 2007, mediante escrito en el que reproducía las alegaciones contenidas en la demanda de amparo.

En sus alegaciones, registradas el 11 de junio de 2007, el Fiscal indica que, antes de entrar en el fondo del asunto ha de referirse necesariamente a la legitimación del Letrado para presentar el habeas corpus y, después, para interponer la demanda de amparo.

Como es sabido, alega, solicitar habeas corpus corresponde a los interesados, es decir, a los privados de libertad, sin que sea preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador (artículos 3.ª y 4 de la Ley Orgánica 6/1984). Es cierto que en nombre de los detenidos se viene autorizando a los Letrados, dada la urgencia de la situación, a formular tales solicitudes, pero al menos ha de comprobarse que existe a favor de aquéllos un míni-

mo mandato de alguna manera concedido por los poderdantes, como con frecuencia ocurre cuando firman la solicitud de habeas corpus los reclamantes. Sin embargo, en el presente asunto, el habeas corpus ni siquiera contiene la firma de los representados. Mucho menos la demanda de amparo en la que el propio Letrado se cuida de aclarar que no han podido firmar la demanda porque ya han sido repatriados.

Considera el Fiscal que este caso es paradigmático en cuanto a la falta de poder o representación en quien se atribuye motu proprio la actuación en nombre de los extranjeros y lo reconoce paladinamente. Los citados supuestos recurrentes han podido ser devueltos, pero lo que parece completamente necesario es que al menos antes de serlo hayan encomendado a quien promueve el habeas corpus, por escrito o con su firma, la solicitud del mismo y, en su caso, la presentación del amparo. No hacerlo así convierte la actuación del Abogado, que además no es preceptiva para el habeas corpus, en una iniciativa particular, en principio ajena a la voluntad de los supuestos interesados y, consiguientemente, carente de legitimación.

Seguidamente, y tras hacer referencia a los Votos particulares contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2005, de 24 de noviembre, añade que en el presente recurso de amparo resulta esencial resolver la cuestión relativa a la legitimación del Letrado para interponer la demanda de amparo en nombre de la parte recurrente, por cuanto este caso supera en desapoderamiento a cualquier otro recurso y su aceptación por el Tribunal, incluso tácita, convertiría estas actuaciones, concretamente el recurso de amparo, en una iniciativa, por no acreditada, ajena a la parte, por más que el Abogado se diga designado de oficio y renuncie «como letrado particular en este procedimiento» a sus honorarios.

Por esta razón, el Fiscal estima que la demanda debe inadmitirse en sentencia, por incurrir en la causa de inadmisión contemplada en el artículo 50.1.a en relación con el artículo 46.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por lo que hace al fondo del recurso, recuerda el Fiscal, citando la doctrina constitucional, que en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito éste que, junto con los exigidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación del procedimiento), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta no procede acordar la

inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de habeas corpus.

De este modo, concluye el Fiscal, no es posible fundamentar la inadmisión afirmando que los recurrentes se encontraban lícitamente privados de libertad, precisamente porque el contenido de fondo propio de la pretensión formulada en el habeas corpus consiste en determinar la licitud o ilicitud de dicha privación. En este caso el Auto que se impugna no ha admitido a trámite la solicitud de habeas corpus con base en un fundamento de fondo, esto es, en razón a que, según el Juzgado, la detención gubernativa era legal pues se basaba en la infracción de la Ley de Extranjería. Tal actuación del Juzgado, en la consideración del Fiscal, obliga a otorgar amparo, reconocer a los actores su derecho a la libertad personal y declarar nulo el Auto impugnado en lo que concierne a los recurrentes.

El Pleno recabó para sí el conocimiento del recurso de amparo a propuesta de la Sala Primera, de conformidad con el artículo 10 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de enero de 2008.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto de 16 de julio de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite la petición de habeas corpus deducida por el Letrado don M. R. G. en nombre de don S. M., don S. B., don R. B., don M. E. M., don M. G., don M. E. K. y don A. E. O.

La demanda, con base en la argumentación de la que se ha dejado constancia en los antecedentes de esta Sentencia, imputa a la resolución judicial impugnada la vulneración del derecho a la libertad personal de los detenidos, alegando que fueron traídos a territorio español sin que constara que ésa fuera su voluntad, acusándoles después de haber cometido una

infracción administrativa. Como se ha indicado, el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión de la demanda por falta de legitimación del recurrente (causa contemplada en el artículo 50.1.a en relación con el artículo 46.1.a, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, en su defecto, si se entra en el fondo del asunto, que se otorgue el amparo solicitado, en cuanto se inadmitió el habeas corpus con base en fundamentos de fondo.

Antes de entrar en el examen de fondo del asunto debemos descartar el óbice de admisibilidad invocado por el Ministerio Fiscal, quien, como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes, alega que podría concurrir el motivo de inadmisión de la demanda de amparo consistente en la falta de legitimación activa [artículos 46.1 a) y 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], por cuanto no consta mandato de los recurrentes para recurrir en amparo a favor de la Procuradora designada, ni tampoco al Letrado de oficio que les asistió en las solicitudes de habeas corpus y que ha promovido en su interés los recursos de amparo.

Pues bien, aunque esto es ciertamente lo que acontece en el presente caso —y respecto de todos los recurrentes— no cabe olvidar que se trata de la misma situación que concurría en el recurso de amparo resuelto por el Pleno de este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2005, de 24 de noviembre, en la que el mismo Letrado que había asistido de oficio a su cliente en el procedimiento de habeas corpus presentado contra su detención tras llegar en «patera» a Puerto del Rosario (al igual que ha sucedido en el caso de los actuales recurrentes), formuló demanda de amparo en interés de su cliente contra el Auto del Juzgado de Instrucción por el que se inadmite a trámite (por razones de fondo) la solicitud de habeas corpus, siéndole designado en el proceso constitucional de amparo al recurrente Procurador del turno de oficio, que asumió su representación. La Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2005, admite, en suma, que es válido en estos supuestos, atendiendo a su excepcionalidad, que el Letrado de oficio que asistió al extranjero en la solicitud de habeas corpus promueva en interés del mismo recurso de amparo contra la resolución judicial que rechaza dicha solicitud, presumiéndose a tal efecto la existencia de una autorización tácita del extranjero a favor de ese Letrado, presunción que se extiende al Procurador del turno de oficio designado en el proceso constitucional de amparo para la representación del extranjero recurrente, ante la práctica imposibilidad de requerirle para que ratifique el recurso de amparo promovido en su interés. Este criterio flexibilizador sentido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2005 se ha reiterado

en posteriores recursos de amparo fundados en los mismos presupuestos (Sentencias del Tribunal Constitucional 169/2006, de 5 de junio; 201/2006 a 213/2006, de 3 de julio todas ellas; 259/2006 y 260/2006, de 11 de septiembre ambas; 303/2006, de 23 de octubre; 19/2007 y 20/2007, ambas de 12 de febrero), por lo que no existe razón para que no sea mantenido en el presente caso.

En efecto, las singulares circunstancias concurrentes en casos como el que ahora se examina explican que no pueda darse por desaparecida la situación que justifica el apoderamiento tácito inicialmente suficiente para la solicitud de habeas corpus, a los efectos de recurrir en amparo contra una denegación de aquella solicitud que pueda considerarse lesiva del derecho a la libertad, cuya defensa está en la base misma de la institución del habeas corpus. La exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el habeas corpus, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento tácito del Abogado subsiste para interponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero que, como consecuencia de su expulsión del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos.

Como recordamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2006, de 5 de junio, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus en el artículo 17.4 de la Constitución Española, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación, generando una consolidada doctrina, recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 94/2003, de 19 de mayo, F. 3, 23/2004, de 23 de febrero, F. 5, y 122/2004, de 12 de julio, F. 3. En síntesis, la doctrina de este Tribunal configura el procedimiento de habeas corpus, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 de la Constitución Española, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo, como una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución Española, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en

las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente. El procedimiento de habeas corpus, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario, la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad.

De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 de la Constitución Española, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación. De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica del habeas corpus permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus.

Asimismo hemos señalado que en las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, es decir, privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería, resulta plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial sobre habeas corpus. Por el contrario, «el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando... la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el

plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez» (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2005, de 24 de noviembre, F. 5).

Por ello, conforme a la referida doctrina de este Tribunal, las inadmisiones a limine de las solicitudes de habeas corpus fundadas en la legalidad de la detención (y sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la legalidad de la detención), como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse lesivas del artículo 17.4 de la Constitución Española, por lo que procede otorgar el amparo solicitado.

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 al recurrente don S. M. y otros el amparo solicitado y, en su virtud:

1º Reconocer su derecho a la libertad personal (artículo 17.1 y 4 de la Constitución Española).

2º Anular el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario de 16 de julio de 2003, dictado en el procedimiento de habeas corpus núm. 3-2003, en lo que afecta a los recurrentes.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don V. C. M. de H. respecto de la Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2008 dictada en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 5013-2003

Con el respeto que siempre me merece el parecer mayoritario, aunque discrepe del mismo, con ejercicio de la facultad establecida en el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo Voto particular discrepante por las razones que siguen:

Considero que debía haberse estimado el óbice procesal de falta de legitimación del recurrente alegado por el Fiscal.

1. Es cierto que en este caso se trata «de la misma situación que concurría en el recurso de amparo resuelto por el Pleno de este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2005, de 24 de noviembre », siempre que la identidad de la situación se entienda referida al proceso del que trae causa este amparo; pero no lo es si se refiere a la situación procesal del presente recurso de amparo, en el que se da un elemento dife-

rencial, a mi juicio decisivo, cual es el de la alegación por el Ministerio Fiscal de la excepción procesal de falta de legitimación del recurrente.

Sin perjuicio de que decisión similar a la que ahora sostengo pudiera haberse adoptado de oficio en aquel caso (como sostuvieron los Magistrados que en aquella ocasión formularon Voto particular), la amplitud de criterio entonces utilizada, al abstenerse de ejercitar una facultad de control de oficio de los requisitos del proceso, no puede determinar la respuesta que el Tribunal deba dar cuando ha de responder a una excepción expresamente opuesta por el Fiscal.

En este sentido, haciendo mía la argumentación contenida en el referido Voto particular, creo que la excepción de falta de legitimación debió haberse estimado, y declarado en consecuencia la inadmisibilidad del recurso.

2. No puedo compartir la que creo que es la base argumental de la Sentencia, según la cual «"las singulares circunstancias concurrentes en casos como el que ahora se examina explican que no pueda darse por desaparecida la situación que justifica el apoderamiento tácito inicialmente suficiente para la solicitud de habeas corpus", a los efectos de recurrir en amparo contra la denegación de aquella solicitud que puede considerarse lesiva del derecho a la libertad, cuya defensa está en la base misma de la institución del habeas corpus».

El elemento de singularidad en la situación del privado de libertad, respecto de cuya privación, como elemento de control, se establece el proceso de habeas corpus, creo que se contrae precisamente al hecho real de la existencia de privación de libertad; mas cuando se trata del recurso de amparo (aunque traiga su causa de una inadmisión de un habeas corpus), esa situación singular de privación de libertad ya no existe, y se trata, pura y simplemente, del enjuiciamiento constitucional de una lesión producida en el pasado, que no es nada singular, sino que es la situación más común en todo proceso de amparo.

No encuentro así razón válida para admitir la legitimación del letrado por el solo hecho de haber intervenido como Abogado de oficio en el precedente proceso de habeas corpus.

La Sentencia continúa el pasaje antes destacado diciendo que «la exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la priva-

ción de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el habeas corpus, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento tácito del Abogado subsiste para interponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero, que, como consecuencia de su expulsión del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado para defender por sí mismo sus derechos» (el subrayado es mío).

A mi juicio, y reiterando mi respeto por el parecer mayoritario, el pasaje subrayado no es jurídicamente consistente, ni tiene encaje posible en ninguna norma discernible de la Ley de Enjuiciamiento Civil de las que rigen la comparecencia en juicio, a la que el artículo 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional remite.

Si se empieza diciendo que «es claro que debe admitirse», se convierte en presupuesto de la argumentación lo que, en su caso, debiera ser consecuencia de ella. El problema es si, en efecto, puede admitirse un apoderamiento tácito del Abogado para interponer en nombre de una persona un recurso de amparo. Y, a mi juicio, tal posibilidad no cabe, pues en las normas procesales que rigen el recurso de amparo no está prevista la posibilidad de que un Abogado actúe como apoderado del recurrente, ni mediante un apoderamiento expreso, ni tácito; por lo que, en mi criterio, es inoperante a los efectos del caso la distinción entre apoderamiento expreso y tácito.

En todo caso, si se parte de la base de que, como se da por sentado, en el pasaje citado, «la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero», el hecho de que se encuentre «materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos», no justifica, a mi juicio, que sin base en norma alguna, y en contra de las que rigen la comparecencia en juicio de los recurrentes (artículos 80 y 81 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional y artículos 10 y 23 y ss. de la Ley Orgánica de Enjuiciamiento Civil), se habilite un medio de comparecencia como el de un apoderamiento tácito del Abogado que asistió al extranjero en el proceso de habeas corpus. La imposibilidad material de defender por sí mismo sus derechos, en que, según el pasaje citado, se encuentra el extranjero, tiene su remedio legal preciso mediante el otorgamiento de un poder a Procurador, que es además la exigencia general impuesta para comparecer ante este Tribunal (artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) a todos los legitimados para ello, nacionales o extranjeros, estén en el territorio español o fuera de él.

Concluyo así afirmando que en ningún caso es procesalmente admisible que un Abogado, que profesionalmente carece de facultad de representación en el proceso (salvo casos especiales, que no vienen aquí al caso, entre los que no se encuentra el recurso de amparo), pueda actuar en un recurso ante este Tribunal Constitucional en ejercicio de un apoderamiento tácito (ni expreso) en interés de ninguna parte, sin que encuentre base ni por razón de la lesión constitucional alegada, ni por la situación del afectado por ella, para que la claridad de la normativa legal para la comparecencia en el recurso de amparo pueda ser oscurecida por las argumentaciones de la Sentencia de la que respetuosamente discrepo.

En este sentido emito mi Voto.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don J. R-Z. P. a la Sentencia dictada por el pleno el 18 de diciembre de 2008 en el recurso de amparo núm. 5013-2003

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada, comenzando por expresar que la circunstancia de haber recaído en mí la condición de Ponente de la Sentencia a la que formulo este Voto Particular me obliga a señalar que la redacción del fundamento jurídico 2 de la Sentencia refleja el criterio de la mayoría, pero del que disiento por entender que la demanda de amparo no debió ser admitida a trámite.

Interesa destacar que la demanda de amparo ha sido presentada por quien fue designado Abogado de oficio para asistir a unas personas que habían sido detenidas en aplicación de la legislación de extranjería, el cual, además de prestar asistencia letrada en las correspondientes diligencias, promovió un procedimiento de habeas corpus y el presente proceso constitucional de amparo. Pues bien, la circunstancia de que el Abogado de oficio fuera quien presentara por sí mismo tanto la solicitud de habeas corpus como la demanda de amparo no comporta un tratamiento unitario de la cuestión.

a) No hay duda de que la posición de los Abogados que promueven un procedimiento de habeas corpus en interés de su defendido es singular. Ya en el Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo (F. 2), apreciamos que el Letrado no solicita por él mismo la incoación del procedimiento de habeas corpus «sino en su calidad de representante de los ver-

daderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación del meritado procedimiento queda fuera de toda duda», de tal suerte que «quienes instaron el habeas corpus fueron los propios interesados, plenamente legitimados, y no su Abogado, que limitó su papel a asumir la representación de aquéllos». Posteriormente, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/2003, de 24 de marzo (F. 2), y 224/1998, de 24 de noviembre (F. 2), hemos reiterado que la legitimación originaria para instar el procedimiento de habeas corpus, en cuanto acción específica dirigida a proteger la libertad personal de quien ha sido ilegalmente privado de ella, reside, como prescribe el artículo 3.ª de la Ley Orgánica del Hábeas Corpus, en la persona física privada de libertad, pudiendo considerarse al Letrado que lo promueve tácitamente apoderado al efecto.

En la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2008, de 25 de febrero, matizamos que resulta ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscitar, en nombre de aquél, el procedimiento de habeas corpus; sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que la exposición de motivos de la Ley reguladora del habeas corpus destaca como inspirador de su regulación.

b) Ahora bien, entiendo que tal habilitación no puede extenderse al recurso de amparo. La Sentencia aprobada invoca unos precedentes (Sentencias del Tribunal Constitucional 303/2005, de 24 de noviembre; 169/2006, de 5 de junio; 201/2006 a 213/2006, de 3 de julio todas ellas; 259/2006 y 260/2006, de 11 de septiembre ambas; 303/2006, de 23 de octubre; 19/2007 y 20/2007, ambas de 12 de febrero) que, en realidad, no son tales pues la mera lectura de las Sentencias que se citan pone de manifiesto que el problema que aquí se plantea no fue siquiera abordado en ellas. Es en la Sentencia de la que ahora disiento cuando por primera vez se ofrece una justificación.

La cuestión estriba en que las personas para quienes se ha pedido amparo no han otorgado mandato expreso ni tácito a favor de Procurador o Letrado y ni aun siquiera han tenido conocimiento de la presentación de la demanda de amparo, ni probablemente lo tendrán nunca de la Sentencia dictada por este Tribunal. En efecto, la demanda de amparo ha sido presentada por quien en las actuaciones judiciales fue Abogado de oficio de las personas en cuyo nombre recurre pero sin que le hubieran encomen-

dado la interposición del recurso de amparo ni se hayan dirigido en ningún momento al Tribunal para mostrar su voluntad impugnativa. De hecho, el propio Letrado admite que fue él mismo quien presentó la solicitud de habeas corpus y quien «ahora solicita el amparo de este Tribunal», a lo que añade que «del mismo modo, es difícil que sea suscrito por las personas en cuyo nombre se instó aquel procedimiento, pues ya se encuentran repatriadas». De lo anterior se desprende que ha sido el Letrado quien ha decidido acudir personalmente en amparo ante el Tribunal Constitucional, con absoluto desconocimiento por parte de aquéllos, de modo que el solicitante de amparo no es, en realidad, cada uno de los interesados sino el propio Letrado.

Pues bien, a mi juicio no concurren las circunstancias de perentoriedad de la pretensión ni las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad que fijamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2008, de 25 de febrero, para admitir como ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscribir, en nombre de aquél, el procedimiento de habeas corpus. Por el contrario, no resulta admisible configurar en el proceso de amparo un régimen singular derivado de la naturaleza del proceso a quo, pues es obvia la desvinculación del artículo 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con el modo en el que se ordenen los requisitos de legitimación y postulación en los procesos judiciales de los que traiga causa el recurso de amparo. En consecuencia, considero que debió ser estimado el óbice de admisibilidad invocado por el Ministerio Fiscal pues, en definitiva, se otorga amparo a quien no lo ha pedido.

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.- SENTENCIA 132/2008 DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 12/02/08

Inexistencia de agravante de reincidencia. Quebrantamiento de condena y prescripción de delitos. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alicante incoó Sumario con el núm. 9/91, en cuya causa la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 23 de marzo de 2006, aclarada por auto de 26 de abril de 2006, que contenía el siguiente Fallo:

"Que debemos condenar y condenamos como autores criminalmente responsables de los delitos que se indican a los siguientes acusados:

1. E.

-Un delito de quebrantamiento en grado de tentativa: a la pena de multa de 3.606 euros.

-Ocho delitos de detención ilegal a la pena por cada delito de 10 años de prisión mayor.

-Un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por un delito de asesinato a la pena de 26 años de reclusión mayor.

Concorre la agravante de reincidencia en el delito de quebrantamiento y asesinato.

Concorre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificadas.

Le es aplicable la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, por lo que el máximo de cumplimiento se fija en 30 años.

Se le impone la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2. P.M.

Por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 3.606 euros.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena, por cada uno de ellos, de 10 años de prisión mayor.

-Por un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por un delito de asesinato a la pena de 26 años de reclusión mayor.

Concurre la agravante de reincidencia en el delito de quebrantamiento de condena, y la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Por aplicación de la regla del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, el límite de cumplimiento se fija en 30 años.

Se le impone la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

3. J.

-Como autor de ocho delitos de detención ilegal, sin circunstancias, a las penas por cada delito de prisión menor por tiempo de 4 años 2 meses y 1 día. Concurre la circunstancia atenuante analógica de dilaciones como muy cualificada.

Conforme al artículo 70.2 del Código Penal de 1973, el límite de cumplimiento se fija en 12 años 6 meses y 3 días de prisión.

Se impone la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

4. J.Ma.

-Por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 3.606 euros.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena de prisión mayor por tiempo de 10 años.

-Por un delito de atentado a la pena de 6 meses de arresto mayor.

-Por un delito de asesinato a la pena de 23 años y 4 meses de reclusión mayor.

-Por un delito de lesiones a la pena de 2 años y 4 meses de prisión menor.

Concurre la circunstancia de reincidencia en los delitos de atentado, lesiones y en el de quebrantamiento de condena. Concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973, el máximo de cumplimiento se fija en 30 años.

Se le impone la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

5. J.An.

-Por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 1803 euros.

-Por un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena por cada uno de ellos, de 10 años de prisión mayor.

Concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

El máximo de cumplimiento conforme al artículo 70.2 del Código Penal de 1973, se fija en 30 años.

Se le impone la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

6. J.Au.

-Por un delito de atentado, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, con aplicación del Código Penal de 1973, a la pena de multa de 100.000 ptas. o arresto sustitutorio de 10 días en caso de impago.

7. C.

-Por un delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa a la pena de multa de 1803 euros.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena de prisión mayor por tiempo de 10 años.

-Por un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por tres delitos de robo con violencia a la pena de 2 años de prisión menor por cada uno de ellos.

-Por un delito de atentado a la pena de 6 meses de arresto mayor.

Concorre la circunstancia de reincidencia en el delito de robo y en el delito de atentado, así como la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

El máximo de cumplimiento se fija en 30 años (artículo 70.2 Código Penal 1973).

Se le impone la pena de suspensión durante el tiempo de la condena.

8. P.

-Por un delito de homicidio en grado de frustración, concurriendo la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 5 años de prisión menor y suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena. Todo ello con arreglo al Código Penal de 1973.

9. J.Ca.

-Por un delito de robo con violencia e intimidación, concurriendo la circunstancia de reincidencia y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 2 años de prisión menor y suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena. Todo ello con arreglo al Código Penal de 1973.

10. S.

-Por un delito de asesinato a la pena de reclusión de 23 años y 4 meses.

-Por un delito de robo a la pena de 2 años de prisión menor.

Concorre la circunstancia agravante de reincidencia en el delito de robo y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas en los dos.

Se aplica el Código Penal de 1973.

11. L.

-Por dos delitos de lesiones concurriendo la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de arresto mayor por tiempo de 6 meses por cada delito, y suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

Una vez firme esta resolución se dará nuevo traslado a las partes a fin de que informen sobre el Código Penal que consideren más beneficioso.

SEGUNDO

En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

"PRIMERO.- El día 12 de noviembre de 1990, sobre las 10 horas, en el módulo 4 del Centro Penitenciario, sito en la Partida de Fontcalent de Alicante, funcionarios de prisiones se dirigieron a la planta primera, yendo los dos últimos a sacar de la celda núm. NUM000 al procesado E., mayor de edad y condenado por homicidio en la SAP de Alicante de fecha 23-12-86, asesinato por la SAP de Alicante firme el 3-05-90 y por el Juzgado de Instrucción de Daroca de fecha 28-04-88 por quebrantamiento de condena, entre otros, a fin de que pudiera salir de paseo. El citado acusado se encontraba clasificado en primer grado penitenciario.

Una vez en la celda los dos funcionarios sacaron al pasillo al acusado para realizar un cacheo manual en cuyo momento éste sacó un pincho de entre sus ropas y amenazando a los citados funcionarios los encerró en la celda.

Dado que los funcionarios portaban las llaves de las celdas y de las galerías, el acusado logró abrir otras celdas saliendo de ellas los acusados P.M. y J.Ma., quienes utilizando pinchos retienen y encierran a un funcionario. Mientras tanto E. utilizando un pincho amenazó y encerró, junto a los otros dos funcionarios de prisiones, a C.A. y V.C.

Los acusados logran, a través del tejado, pasar al módulo 3º donde se unen otros reclusos como J.An. y C.

Todos retienen y secuestran a un funcionario.

A los citados acusados se les van uniendo otros acusados.

Igualmente se retiene a una monitora de gimnasia, contratada laboral por un Convenio entre el Ministerio de Justicia y el INEM, así como a dos maestros nacionales.

SEGUNDO.- Los acusados exigen mejoras en las condiciones de vida penitenciaria así como medios para salir de la cárcel, utilizando a los funcionarios retenidos como medio de lograr sus objetivos. Durante el tiempo que duraron los hechos los funcionarios fueron trasladados varias veces de celdas y, a veces, exhibidos en la terraza del Centro Penitenciario como medida de presión. En los traslados de funcionarios, y encargados de su vigilancia, se alternaron todos los acusados mencionados, quienes utilizaban pinchos u otros instrumentos con finalidad intimidatoria.

No ha quedado acreditado que en estas labores participase el acusado J. Au., sin antecedentes computables.

Una de las veces que los internos exhibían a los funcionarios en uno de los tejados de los módulos del Centro Penitenciario, a fin de forzar a las Autoridades a la negociación, el acusado J.Au. colocó un pincho a un funcionario y lo amenazó de muerte, siéndole impedido cualquier clase de acción por el también acusado E.

El mismo día 12 de noviembre y en horas de la tarde se dejó salir a los detenidos, portando una serie de peticiones dirigidas a las Autoridades Penitenciarias que se habían desplazado al lugar.

Mientras todo esto sucedía los internos habían asaltado la farmacia sita en el módulo 2º causando diversos daños en el Centro Penitenciario.

TERCERO.- La noche del 12 al 13 de noviembre, y con la finalidad de demostrar a las Autoridades con las que se negociaba la determinación de los amotinados, se decide matar a una persona. Para ello se elige al preso preventivo D., ciudadano argelino nacido en 1949, con sus padres difuntos y con cinco hermanos. Esta persona se encontraba en el patio del módulo 3º, y aún cuando era de noche la zona se encontraba iluminada con faros halógenos. El interno D. fue llamado por un grupo indeterminado de presos -más de ocho- perseguido y apuñalado, con pinchos fabricados por los propios internos durante el motín. En el apuñalamiento intervinieron directamente los acusados J.Ma., S. y E. Este último llegó a ponerse sentado encima de él propinándole cuatro o cinco pinchazos en una zona próxima al cuello diciendo la frase "ahora sí que está muerto". El ciudadano argelino recibió 11 heridas en los pulmones de carácter punzante, más otras de carácter punzante en diversas partes del cuerpo, todas causadas por arma blanca, más otra herida contusa en cabeza producida con objeto contundente. La causa de su muerte fue diagnosticada por parada cardio respiratoria por shock hipovolémico.

CUARTO.- En el transcurso de los hechos mencionados y hasta su finalización, se produjo otra serie de hechos. Así los procesados J. Ma. y L. golpearon al preso del Módulo 4º B., utilizando para ello una barra de hierro. Como consecuencia de ello B. sufrió heridas varias en la cabeza, brazos y manos, curando a los 10 días quedándole pérdida de movimiento de la última falange del cuarto dedo de la mano derecha.

No ha quedado probado que en estos hechos interviene el acusado I.

QUINTO.- Los procesados S., condenado en sentencia firme de 7-06-89 por delito de robo por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid y en fecha 11-12-89, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial

de Alicante por igual delito, y J.Ca., condenado por delito de robo por sentencia firme de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 1-4-89, utilizando las barras y pinchos que portaban amenazaron al interno Ed., encargado del economato del módulo 4º, para que les dijera donde se encontraba la caja fuerte, sustrayendo de su interior la cantidad de 15.000 ptas. que pertenecía a Ed.

Inmediatamente después de suceder este hecho, Ed. fue golpeado en la cabeza, y con una barra de hierro, por el procesado L., sin antecedentes penales computables, causándole lesiones que le incapacitaron durante diez días, quedándole síndrome postraumático con pesadillas.

SEXTO.- El procesado P., carente de antecedentes computables, y por motivo de una rencilla personal que tenía con el interno G., se dirigió a la cocina sita en el módulo 3º, donde este último se había refugiado tras haber presenciado la muerte de D., y utilizando un destornillador que había encontrado a modo de pincho, le asestó varios pinchazos, especialmente en la zona abdominal, causándole seis perforaciones susceptibles de causar la muerte por peritonitis, lo que no se produjo al ser evacuado y asistido el agredido. G. tardó en curar 49 días.

SÉPTIMO.- El procesado C., condenado por robo en sentencia firme de fecha 21-05-90 por la Audiencia Provincial de Badajoz, aprovechando que los funcionarios se encontraban maniatados, y utilizando un pincho o instrumento similar, que les colocaba en el cuello o en zona próxima sustrajo, en momentos distintos, a J.Ca. dinero, un bolígrafo y unas pertenencias valoradas en 18 euros; a J.Lu. le sustrajo un reloj, una cadena de oro y la cartera, valorado todo ello en 240 euros; al funcionario le sustrajo objetos de adorno por valor de 192 euros.

OCTAVO.- Los daños causados en el Centro Penitenciario ascienden a 51.047 euros.

NOVENO.- En la mañana del día 13 se liberó a dos funcionarios de prisiones. A lo largo de ese día la mayoría de los internos abandonan su actitud reintegrándose en sus celdas. En la mañana del día 14 solo permanecen en actitud de abierta rebeldía los procesados C., P.M., J.Ma., y J.An., custodiando a los funcionarios. Estos últimos aprovechando un descuido de los procesados les encierran en una celda, terminando así los hechos.

DÉCIMO.- El procesado J.Au. padece una psicosis maniaco-depresiva que afecta a los cuerdos y a las decisiones que debe adoptar".

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, las respectivas representaciones de los acusados E., P.M., J.Ma., J., C., J.Ca., S., y el Sr. Abogado del Estado, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 21-11-06, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO

Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en tiempo y forma, las representaciones de los citados acusados y el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, formularon los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes motivos:

E. y P.M.:

Primero, por infracción de Ley y del derecho fundamental a no ser sometidos a torturas ni tratos inhumanos o degradantes del artículo 15 de la Constitución Española.

Segundo, por infracción de ley, y de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, al juez imparcial y predeterminado por la ley, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, y del artículo 15 de la Constitución Española en relación con el 14 y 24 de la Constitución Española.

Tercero, por infracción de Ley y de precepto constitucional, artículo 24 de la Constitución Española, y del derecho a la tutela judicial efectiva a un proceso con todas las garantías, proceso público sin dilaciones indebidas, derecho de defensa y de presunción de inocencia, por falta de motivación de la sentencia.

Cuarto, por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse denegado una diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma y de carácter fundamental para la defensa.

Quinto, por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber denegado el Tribunal que constataran los testigos y peritos a preguntas pertinentes y de clara influencia en la causa.

Quinto (bis), por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por contener los hechos probados conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

Sexto, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 131 Código Penal referente a la prescripción de alguno de los delitos por los que han sido condenados los recurrentes, como quebrantamiento de condena y atentado.

Séptimo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con referencia al delito de detención ilegal, por aplicación indebida de los artículos 480, 481.1 Código Penal de 1973 ó en su caso de los artículos 163.1, 164 y 165 Código Penal de 1995, y por inaplicación de los artículos 480.3 Código Penal de 1973 y 163.2 Código Penal 1995, así como infracción del artículo 24 de la Constitución Española respecto a la presunción de inocencia.

Octavo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con referencia al delito de asesinato, por aplicación indebida del artículo 139 Código Penal de 1995 así como infracción del artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la presunción de inocencia.

Noveno, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 20.1 y 20.5, referentes a la eximente de enajenación mental transitoria y estado de necesidad, así como del artículo 21 Código Penal y artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la presunción de inocencia.

Décimo, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, con relación al delito de asesinato; así como vulneración artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la presunción de inocencia.

J.Ma.

Primero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse incorporado al T. VI del procedimiento las actas de las sesiones del juicio anterior declarado nulo.

Segundo, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse permitido que varios testigos acudieran al Juicio Oral con copia de sus declaraciones.

Tercero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Cuarto, por infracción de ley, del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Quinto, por infracción de ley, y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, con relación a la agravante de reincidencia.

Sexto, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 131, en relación con los artículos 334 y 335 Código Penal, correspondientes al delito de quebrantamiento de condena, y en relación con el principio acusatorio y la prescripción de los delitos.

Séptimo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 131 Código Penal de 1995, en relación con el artículo 236 Código Penal de 1973, con relación al delito de atentado, por falta de pruebas y por la prescripción del delito.

Octavo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 480 y 481.1 Código Penal de 1973, referentes a los delitos de detención ilegal.

Noveno, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 406 Código Penal de 1973, en relación con el delito de asesinato.

Décimo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 420 y 421 Código Penal de 1973, en relación con el delito de lesiones.

Undécimo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de la atenuante de grave adicción a sustancias estupefacientes del artículo 21.2º Código Penal de 1995.

J.

Primero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución

Española, al haberse incorporado al T. VI del procedimiento las actas de las sesiones del juicio anterior declarado nulo.

Segundo, infracción de ley, del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Tercero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Cuarto, por infracción de ley, y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, con relación a la motivación de las resoluciones judiciales, en cuanto a la participación concreta en los hechos enjuiciados.

Quinto, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 14, 61, 78, 480 y 481 Código Penal, no dándose los elementos objetivos del delito de detención ilegal y no existir pruebas de la participación en el mismo del recurrente.

C.

Primero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse incorporado al T. VI del procedimiento las actas de las sesiones del juicio anterior declarado nulo.

Segundo, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse permitido que varios testigos acudieran al Juicio Oral con copia de sus declaraciones

Tercero, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 131, en relación con los artículos 334 y 335 Código Penal 1973, correspondientes al delito de quebrantamiento de condena, y 236 Código Penal de 1973 en relación con el delito de atentado, por la prescripción de ambos delitos.

Cuarto, por infracción de Ley y del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, y respecto del delito de atentado por el que fue condenado.

Quinto, por infracción de Ley y del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, y respecto del delito de robo con intimidación con uso de medio peligroso en la persona del funcionario.

Sexto, por infracción de Ley y del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, y respecto a los ocho delitos de detención ilegal.

Séptimo, de modo subsidiario a los anteriores, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la inaplicación del artículo 21.6 Código Penal.

J.Ca.

Primero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con la indebida aplicación del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Tercero, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 113, en relación con los artículos 500, 501 y 505 Código Penal de 1973, correspondientes al delito de robo, por la prescripción del delito, dada la paralización del procedimiento por plazos superiores a cinco años.

Cuarto, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y la inaplicación del artículo 21.6 Código Penal.

Quinto, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 500 y

501 Código Penal de 1973 referentes al delito de robo, por no concurrir los elementos de violencia o intimidación característicos.

Sexto, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 19 y 101 a 111 Código Penal de 1973, en cuanto a la obligación establecida de indemnizar al Estado por los desperfectos del motín.

S.

Primero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, y a un juez imparcial reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse incorporado al T. VI del procedimiento y traído a colación las actas de las sesiones del juicio anterior declarado nulo.

Segundo, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, y vulneración de la presunción de inocencia.

Tercero, por infracción de Ley y del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y principio pro reo, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, con referencia a los delitos de robo y asesinato por los que fue condenado.

El ILMO. SR. ABOGADO DEL ESTADO:

Único, por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 19.1 Código Penal de 1973, ó en su caso 116 Código Penal de 1973, en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la carga de la prueba. Y ello en relación con la responsabilidad civil subsidiaria del Estado para indemnizar los daños morales respecto de los hermanos del fallecido D.

QUINTO

Y evacuando el trámite que se les confirió, y por la razones que adujeron las partes y el Ministerio Fiscal, mediante los oportunos escritos, interesaron la inadmisión de todos los motivos de los recursos formulados de contrario.

SEXTO

Por providencia de 26-12-07 se señaló para la celebración de la Vista el pasado día 24-1-08, en cuya fecha tuvo lugar con la presencia del Ministerio Fiscal, del Ilmo. Sr. Abogado del Estado y de los letrados de los acusados, quienes informaron conforme a su derecho convino, a cuyo término la sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

SÉPTIMO

Con fecha 7-2-08 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de E. y de P.M.

PRIMERO

Ambos recurrentes fueron condenados en concepto de autores de un delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, y de ocho delitos de detención ilegal, sin circunstancias agravantes. Además el recurrente E. fue condenado como autor de un delito de atentado, sin circunstancias, y de un delito de asesinato con la agravante de reincidencia. Y en todos los casos se aplicó la atenuante por analogía muy cualificada de dilaciones indebidas.

1. El primer motivo se formula, por infracción de Ley y del derecho fundamental a no ser sometidos a torturas ni tratos inhumanos o degradantes del artículo 15 de la Constitución Española.

Se basa el recurso en que los acusados estuvieron durante el juicio esposados, y gran parte del mismo con las manos invertidas (se querrá decir, "a la espalda"), denegándose por el Presidente del Tribunal la eliminación de tales desproporcionadas medidas de seguridad. Estando además sentados entre policías. Produciéndose una desigualdad de trato con respecto a otros acusados, totalmente arbitraria, reveladora de la consideración de aquéllos como potencialmente peligrosos, cuestionándose ab initio su presunción de inocencia, y produciéndose una restricción de su derecho de defensa.

2. Como no podía ser de otra manera, el artículo 389, párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prohíbe emplear con el pro-

cesado, en todas las declaraciones que hubiere de prestar, género alguno de coacción o amenaza. Por otra parte, corresponden, al Presidente del Tribunal, según los artículos 684 a 687 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 190 de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todas las facultades necesarias para cumplir con su obligación de conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos. Y al efecto, entre las medidas oportunas, se prevén la llamada al orden, la expulsión del local, la multa, la detención inmediata, la puesta a disposición de la autoridad o juzgado competente; extendiéndose su jurisdicción disciplinaria a todos los concurrentes al juicio oral, tanto civiles como militares.

Por otra parte, la ausencia de Cuerpos de Seguridad, estricta y directamente dependientes orgánicamente del Poder Judicial, obliga a disponer del auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo (artículo 5 e), no sólo en la conducción interurbana y urbana de detenidos y presos (artículo 12 f) sino en la vigilancia y protección de edificios, protección de personalidades, mantenimiento y restablecimiento del orden y de la seguridad ciudadana, y prevención de actos delictivos (artículo 11), incluso en el interior de las sedes judiciales. Naturalmente, tales Fuerzas y Cuerpos habrán de velar por la vida e integridad física de las que detuvieren o se encontraren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas (artículo 5.3.b).

3. Muchos de los procesados, y entre ellos los recurrentes, se encontraban acusados de la comisión de graves delitos, solicitándoseles penas graves. Su situación era la de prisión preventiva, y según la propia acusación la imputación era por delitos caracterizados por su violencia, y aún con carácter reincidente. Objetivamente se daba una situación de potencial peligrosidad, fundada especialmente por el riesgo de fuga, reforzada por el elevado número de encausados concurrentes a la Vista (11), y justificadora del mantenimiento de la usual medida de engrilletamiento individual de las extremidades superiores de los conducidos por la fuerza pública, durante las sesiones del Juicio Oral. No obstante, la Sala, con acierto, dada la larga duración de las sesiones, autorizó que se paliara la incomodidad de los esposados cambiando su posición -probablemente de manos atrás a adelante- ya que en el acta (f. 4) se lee que "se procede a la modificación de la colocación de las esposas". Y todo ello con relación a la primera sesión celebrada en 30-01-06, no encontrándo-

se reseña de incidencia alguna al respecto en las siguientes sesiones de 31 de enero, 6, 7, 8, 13, 14, 15 16 y 17 de febrero, salvo la expulsión de la sala de E. y J.An. en la sesión del día 7 y su reintegración en la del día 15 (f. 58), antes, por supuesto, de la sesión en que ejercieron su derecho a la última palabra.

La misma sentencia de esta Sala núm. 678/2005, de 16 de mayo, que anuló el juicio anteriormente celebrado respecto de la misma causa, rechazando el medio de videoconferencia empleado, por el que se sustituyó la presencia real de los acusados ante el Tribunal de instancia, justificó tal resolución entre otras razones, por "la existencia de medios más que suficientes para neutralizar la elevada peligrosidad apreciable en algunos de los acusados".

Y al respecto esta Sala, precisamente, ha dicho (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1031/2003, de 8 de septiembre) que el mantenimiento de las esposas al acusado durante la celebración del juicio oral no es sino la consecuencia inmediata de la adopción de una medida de seguridad encaminada a la preservación del orden, cuya pertinencia corresponde decidir al Presidente del Tribunal en atención a las características del caso concreto; y que no puede valorarse con carácter general como un elemento coactivo dirigido a influir de cualquier forma en la voluntad del acusado.

4. En cuanto a las declaraciones realmente prestadas, en ausencia de mayores concreciones en el acta de la Vista, aunque fuera cierto que la adopción de las medidas de seguridad de referencia hubieran determinado la presencia contigua a los acusados de los funcionarios de Policía encargados de su custodia, hay que presumir que las declaraciones fueron prestadas en la forma que determina el artículo 685 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, -fuera del "banquillo", donde había de continuar sentada la Fuerza pública- "de pie", y ante el micrófono del sistema de megafonía instalado al efecto en la Sala. Así -dado su tenor-, se verterían por los acusados, con libertad y espontaneidad, las manifestaciones que se han reseñado en el acta de la Vista, incluidas las efectuadas en uso del derecho a la última palabra (f. 61 a 63) conforme al artículo 739 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual, lejos de ser una mera formalidad, es una manifestación de la autodefensa que, a su vez y con carácter general, aparece contemplada como un derecho del acusado en el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.3.c) del Convenio para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 566/2000, de 5 abril, Sentencias del Tribunal Constitucional 6 febrero 1995 y 181/1994).

En el acta consta igualmente (f. 2) que en el comienzo de la Vista, en su sesión inicial, el Tribunal de instancia concedió diez minutos a los letrados de las defensas para comunicarse con los acusados. Es cierto que también se hizo constar protesta por el Letrado de los ahora recurrentes sobre que se estaba limitando el derecho de defensa "dado que la comunicación con el acusado había sido escuchada por los policías, que no se habían apartado lo suficiente". No obstante, en ausencia de mayores precisiones, hay que concluir con la Sala a quo (F. primero.3, f. 20) que "todos los días, previamente al acto del juicio, los letrados pudieron comunicar con sus defendidos. Durante las sesiones del juicio oral no hubo ninguna petición para tener un intercambio de impresiones con los acusados".

5. Sobre la alegación de que las medidas de seguridad implantadas revelaban una predisposición por el Tribunal en contra de los acusados, y la pérdida por el mismo de su imparcialidad, el mismo Tribunal de instancia contesta (f. 21) diciendo que es una conclusión absurda que no merece el menor comentario. Y realmente lo es, visto lo acaecido en el caso, y porque se está hablando no de un público lego, impresionable, por estar poco habituado, tal vez, a ver, directamente, el siempre triste espectáculo de hombres privados de libertad, sino de un tribunal profesional que, a diario, se enfrenta con tal realidad.

Consecuentemente, no pudiéndose entender conculcado el derecho fundamental invocado, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO

El segundo motivo se articula por infracción de Ley y de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, al juez imparcial y predeterminado por la ley, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, y del artículo 15 de la Constitución Española en relación con el 14 y 24 de la Constitución Española.

1. Alegan los recurrentes que durante la celebración del juicio oral y al tiempo de dictar sentencia, el Tribunal siempre tuvo, unida a las actuaciones, el acta del juicio oral anterior que había sido declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-05-05, y que se permitió formular

sobre su contenido una pregunta al acusado C., y sin embargo no se permitió al letrado de J.Ma.

Igualmente se aduce que algunos de los funcionarios de prisiones que declararon como testigos y sin tener condición de parte, tenían en su poder las declaraciones prestadas en el juicio anterior, y en la fase de instrucción, denunciándose dicha circunstancia en el juicio oral.

Se añade que tales funcionarios sin tener la cualidad de parte presentaron un escrito solicitando declarar por videoconferencia, y que si bien la solicitud fue rechazada por el Tribunal, la misma se les notificó antes que a las partes en el proceso, llegando a presentar aquéllos un recurso de súplica que fue igualmente rechazado.

Y se concluye por los recurrentes señalando que al Ministerio Fiscal no se le declaró impertinente pregunta alguna, en cambio fueron constantes las declaraciones de impertinencia o las denegaciones de prueba a las defensas. Y al efecto se enumeran las siguientes:

A) En sesión de 30 de enero, la defensa de E. solicitó, al amparo del artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, información suplementaria, ante revelaciones o retractaciones inesperadas, consistentes en pericial psiquiátrica de su representado.

B) En sesión de 6 de febrero, no se admitió al Letrado de P.M. la pregunta efectuada al ex director del centro Penitenciario de "¿Cuál es el mecanismo de un interno para hacer llegar una queja al Director?".

C) En sesión de 6 de febrero no se permitió al Letrado de J. Ma. efectuar al testigo C. la pregunta ¿Recuerda que a preguntas del Letrado en el anterior juicio reconoció no haber visto la secuencia de los hechos desde que C.R. golpeó a D. en la cabeza hasta que cayó al suelo?

D) En sesión de 6 de febrero no se permitió al Letrado de E. efectuar al testigo la pregunta ¿Por qué no recuerda algunas cosas que dijo al día siguiente de los hechos, ni si era de noche o de día y si recuerda a las personas de S. y E.?

E) En sesión de 6 de febrero no se permitió al Letrado de E. efectuar al testigo las siguientes preguntas. ¿Qué afección tenía en la vista? ¿Si está afectado de miopía? ¿Cuántas dioptrías tiene?

F) En la sesión de 14 de febrero no se permitió al Letrado de E. efectuar a los médicos forenses las preguntas ¿Cómo afecta psicológicamente el hecho de que esté 22 horas en la celda y 2 en el patio? ¿Unas condicio-

nes de vida muy restrictivas de la libertad pueden influir en el estado psicológico de una persona?

2. Sobre tales cuestiones, salió al paso el propio Tribunal "a quo", que refiriéndose al acta de la Vista del juicio anterior dijo -como no podía ser de otra manera- que era preciso realizar una declaración previa de principios: "que esta Sala sólo tendrá en cuenta las pruebas practicadas en el acto del juicio oral en las que ellos (los acusados y sus defensas) estuvieron presentes". Por otra parte manifestó su sorpresa por la extemporaneidad de la alegación producida en plena Vista del Juicio Oral cuando obraba en autos desde hacía ocho meses. Y argumentaba que la presencia de actuaciones del anterior juicio -como la sentencia anulada y la del Tribunal de casación- resultaba imprescindible para producir los correspondientes efectos beneficiosos para los acusados que resultaron absueltos, a los que se les habría de excluir del nuevo juicio.

En cuanto a la posesión por algunos testigos de copia de sus declaraciones anteriores el Tribunal de instancia señaló que: "al citado testigo (J. L.) no se le permitió consultar su declaración mientras testificaba en el plenario". Y añadió que la Sala, formada (con magistrados distintos de los integrantes habituales de la Sección Primera de la Audiencia de Alicante) a los solos efectos de conocer de la causa, no podía responder de la cuestión que pertenece a la custodia y llevanza de libros y documentos; y que no se especificó por la defensa en qué consistió la indefensión para tal parte, cuando tuvo al testigo en la Sala y pudo ejercitar su derecho a la contradicción; sin que se pueda olvidar la condición de "interesado" del testigo, en cuanto que pudo personarse en la causa como parte perjudicada.

3. A ello sólo cabe añadir que, por lo que se refiere a las declaraciones prestadas en el atestado o en las actuaciones sumariales, es habitual que se entregue copia a los denunciantes, víctimas o perjudicados, de las que ellos mismos en tales sedes efectúan, a falta de precepto legal que lo impida, estando expresamente prevista la entrega de resguardo (artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) de su formalización, sin necesidad de constituirse como parte querellante. Igualmente que, la disposición por los testigos del texto de su declaración efectuada en el plenario, es más que improbable, que se produjera, tanto por la propia mecánica de su realización, como por la comprobada ilegibilidad del texto manuscrito del acta de la Vista anulada, celebrada entre el 31 y el 21 de octubre de 2002, tanto

más cuanto los folios 35 a 37 del acta del Vista del juicio válido no precisan a qué tipo de declaraciones se constreñía el incidente de referencia.

4. En cuanto a la petición del escrito de solicitud de declaración por videoconferencia, la notificación de la resolución denegatoria, la presentación del recurso de súplica y la notificación de la resolución, a su vez, recaída, el propio Tribunal a quo explica (f. 21): "Que el motivo, además de absurdo, se fundamenta en una premisa falsa. El Auto denegatorio de la solicitud de videoconferencia no fue notificado a los solicitantes, sino comunicado telefónicamente a los directores de los centros penitenciarios de los que aquellos dependían para que a su vez les dieran traslado de esta negativa. Derivar de esta actuación, por otro lado totalmente necesaria para que los afectados supieran en qué condiciones se iba a desarrollar su declaración, una predisposición de este Tribunal contra los acusados es una conclusión absurda. Solo cabe señalar que días después y ante un "recurso" de súplica, de dichos funcionarios contra el Auto denegatorio de sus pretensiones, esta Sala lo inadmitió de plano y no le dio curso al no ser partes personadas".

Además de ello, hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 19/94, de 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, en la consecución -como dice su Exposición de Motivos- del necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos peritos y sus familiares, prevé en su artículo 2º que se pueda adoptar la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; y que el artículo 4º de la misma norma dice que el órgano judicial competente para el enjuiciamiento se pronunciará motivadamente sobre la procedencia del mantenimiento, modificación, supresión o adopción de otras nuevas medidas de protección; y que podrán ser tales resoluciones objeto de recurso de reforma o súplica. Además, la Ley Orgánica 35/95, de 11 de diciembre de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, (artículo 15) contempla siguiendo las directrices del Convenio núm. 116 del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1983 y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, un deber de información por parte los jueces, magistrados y miembros de la Carrera Fiscal hacía las víctimas que comprende la notificación personal de resoluciones, aunque no sean parte en el proceso.

5. En cuanto a la declaración de impertinencia de preguntas, hay que recordar con carácter general que el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone claramente una obligación insoslayable, consistente en que el Presidente "no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes"; y que el 15.3 de la referida Ley Orgánica 35/95 de 11 de diciembre, prescribe que "en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad".

-Sobre la solicitud de información suplementaria, ante revelaciones o retractaciones inesperadas, consistentes en pericial psiquiátrica del acusado E., hay que tener en cuenta que la suspensión de la Vista que conlleva la medida prevista en el artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por su radicalidad y graves consecuencias para el curso del proceso, ha de ser examinada con absoluto rigor ponderando los intereses que aparezcan en conflicto. En el caso el Tribunal de instancia explicó en su sentencia (f. 23) las razones que le llevaron a la denegación y que parecen perfectamente acordes con el deber de ponderación que le incumbía. Así dice que: "6. Por último el Letrado de E. pidió en la sesión del día 30 de enero de 2006 la suspensión del juicio -una vez más- y que se practicara una información suplementaria consistente en una pericial psicológica sobre su cliente. El fundamento de dicha pretensión es la declaración del acusado P.M. cuñado de E., de que a este último le estaban poniendo unas inyecciones que le anulaban psicológicamente.

Estas afirmaciones no se encuentran refrendadas por ninguna otra prueba, ni siquiera el propio interesado, alegó este extremo en el acto del juicio oral. La sala no percibió ninguna anomalía en las declaraciones de este acusado el cual se expresó con total coherencia. La solicitud se puede concluir, es totalmente infundada y carece del mínimo soporte que la haga verosímil".

-Sobre la pregunta efectuada al ex director del centro Penitenciario de "¿Cuál es el mecanismo de un interno para hacer llegar una queja al Director?", en el contexto de las preguntas y respuestas efectuadas (f. 17 a 21) tratándose de establecer lo acontecido el día de autos, y en concreto lo que pudo apreciar el testigo interrogado, no se ve la pertinencia de la pregunta. Tampoco precisa el quejante, su trascendencia para la defensa, ni el perjuicio que su no contestación pudiera irrogarle a la misma.

-La pregunta "¿Recuerda que a preguntas del Letrado en el anterior juicio reconoció no haber visto la secuencia de los hechos desde que C. R. golpeó a D. en la cabeza hasta que cayó al suelo?", por referirse al juicio anulado, era notoriamente impertinente, conforme a las propias y acertadas demandas de las mismas defensas.

-La pregunta, efectuada al testigo "¿Por qué no recuerda algunas cosas que dijo al día siguiente de los hechos, ni si era de noche o de día y si recuerda a las personas de S. y E.?", tal como está formulada resulta incoherente e impertinente, en el contexto de las preguntas efectuadas y las respuestas dada por el testigo a lo folios 21 a 23 del acta.

-Las preguntas efectuadas al testigo "¿Qué afección tenía en la Vista? ¿Si está afectado de miopía? ¿Cuántas dioptrías tiene?", según el acta (f. 25), en realidad, se formularon como: ¿está actualmente afectado de miopía? ¿Cuántas dioptrías tiene? Siendo así, la impertinencia de unas preguntas referentes a una situación actual, respecto de hechos acaecidos dieciséis años antes, era manifiesta.

-Sobre las preguntas dirigidas a los médicos forenses "¿Cómo afecta psicológicamente el hecho de que esté 22 horas en la celda y 2 en el patio? ¿Unas condiciones de vida muy restrictivas de la libertad pueden influir en el estado psicológico de una persona?", hay que tener presente que toda prueba pericial ha de ceñirse al objeto que hubiere sido claramente determinado por el Juez, circunscribiéndose a él, tanto las conclusiones como las aclaraciones que se les solicitaren a los peritos, conforme a las previsiones de los artículos 475 a 483 y 723 a 725 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el caso, los peritos médico-forenses efectuaron sus informes (obrantes en autos a los folios 245 a 249, 559 a 560, 612, 691, 2193 y 2195) y fueron propuestos en su escrito de acusación (f. 18 del Rollo) por el Ministerio Fiscal para su comparecencia en la Vista del Juicio Oral "sobre la autopsia practicada al fallecido D., sobre la sanidad y sobre las heridas de los funcionarios, que se ha solicitado por otrosí, así como sobre la capacidad mental de otro funcionario". En contraste, la defensa de E. en su escrito de conclusiones provisionales (f.115) se limitó a proponer "la pericial de los médicos forenses". No hubo, por tanto, ni siquiera propuesta de adición alguna al objeto de la pericia. El auto de la Sala de instancia de fecha 29-4-2002 tuvo por propuesta la mencionada en los mismos términos (F. 4, T. III). Y el auto de 23-9-05, con referencia a la

repetición de la Vista, tras requerir a las partes para que informasen si mantenían las pruebas periciales o testificales, o como consecuencia de la sentencia de nulidad, modificaban las pruebas pedidas, tras constatar que sólo el Ministerio Fiscal había informado en el sentido de que se citara a juicio oral a los acusados absueltos en la primera sentencia a fin de que declararan como testigos en la nueva Vista, declaró y admitió como pertinentes las pruebas en tales términos propuestas (F. 166, T. VII).

6. Se puede concluir, por tanto, que no hay razones para atribuir falta de imparcialidad al tribunal de instancia, ni conculcados los derechos fundamentales invocados, tal como pretenden los recurrentes. El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO

El tercer motivo se formula por infracción de Ley y de precepto constitucional, conforme al artículo 24 de la Constitución Española, y del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, proceso público sin dilaciones indebidas, derecho de defensa y de presunción de inocencia, por falta de motivación de la sentencia.

1. Según los recurrentes, pese a que la defensa de E. alegó las eximentes de estado de necesidad y de enajenación mental transitoria, y la de P. M. la de estado de necesidad, la sentencia recurrida no motiva, siquiera de forma mínima, la desestimación de dichas circunstancias.

Ciertamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el artículo 24.1 de la Constitución Española comprende entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los jueces y tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está prescrito por el artículo 120.3 de la Constitución Española. Y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el artículo 9.3 de la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional, Sentencias 177/94, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala, Sentencias 626/96, de 2-10; 1009/96, de 12-12; 621/97, de 5-5, tienen establecido que el artículo 24 de la Constitución Española impone a los jueces y tribunales la obligación de dictar, tras el correspondiente debate procesal una resolución fundada en derecho y esta obligación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una

declaración de conocimiento o de voluntad del órgano jurisdiccional en un sentido u otro.

En definitiva, la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, frente a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias que constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se la condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

En efecto, la finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Pero esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos. Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso silogístico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

Sin olvidar finalmente, que el Tribunal Constitucional interpretando los artículos 24 y 120 de la Constitución Española ha señalado reiteradamente que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado (Sentencia del Tribunal Constitucional

196/88), y tampoco la tutela judicial efectiva implica que los tribunales accedan a todas las pretensiones interesadas por las partes.

En el caso, la sentencia recurrida explicó en su F. duodécimo (f. 43) que: "1. E. La defensa de este acusado solicitó la aplicación del estado de enajenación mental en sus diversas variantes de completa o incompleta.

La solicitud no puede ser atendida. Conforme reiterada jurisprudencia - Sentencia del Tribunal Supremo 18/03/03 y 15/01/04 - las circunstancias de exención o atenuación de la pena deben quedar tan probadas como los hechos mismos, correspondiendo la prueba a quien lo alega. En el caso presente no existe ninguna prueba que acredite la situación de enajenación mental del acusado. La solicitud de suspensión del juicio para que fuera examinado por un médico, fundamentándose para ello en la declaración del co-acusado P. M., cuñado de E., amén de no aportar nada después de 16 años ya ha sido tratada y rechazada, en el apartado 6º del Fundamento Jurídico Primero".

Y, en efecto, lo dicho hay que ponerlo en relación con lo que se expresa en el f. 23 de que: "6 Por último el Letrado de E. pidió en la sesión del día 30 de enero de 2006 la suspensión del juicio -una vez más- y que se practicara una información suplementaria consistente en una pericial psicológica sobre su cliente. El fundamento de dicha pretensión es la declaración del acusado P.M. cuñado de E., de que a este último le estaban poniendo unas inyecciones que le anulaban psicológicamente.

Estas afirmaciones no se encuentran refrendadas por ninguna otra prueba, ni siquiera el propio interesado, alegó este extremo en el acto del juicio oral. La sala no percibió ninguna anomalía en las declaraciones de este acusado el cual se expresó con total coherencia. La solicitud se puede concluir, es totalmente infundada y carece del mínimo soporte que la haga verosímil".

En cuanto al estado de necesidad, el Tribunal de instancia (f. 43) igualmente razona que: "También se alega por la defensa de este inculcado una situación de estado de necesidad, bien como eximente completa bien como incompleta.

La idea que subyace en el planteamiento de esta cuestión es la mantenida por las defensas a lo largo del Juicio Oral: la situación permanente de vejaciones y malos tratos sufridos por los internos por parte de los funcionarios les abocó al amotinamiento. El motivo no puede ser estimado.

No hay la menor prueba de este trato vejatorio e inhumano salvo, lógicamente, las propias declaraciones de los internos.

Por otro lado no sabemos todavía cual en el mal inminente y grave que se les iba a ocasionar y que fundamentaría una rebelión. Así mismo el mal causado por la muerte de una persona y el secuestro de ocho personas es muy superior a las alegadas, y nunca acreditadas, vejaciones.

2. P.M. Es de reproducir las mismas consideraciones que se han tenido en cuenta para desestimar las alegaciones de E."

2. En segundo lugar, los recurrentes alegan que la situación padecida por los recurrentes en prisión supone una vulneración del artículo 25 de la Constitución Española en cuanto que no se atendió al principio de reinserción que constituye el único fin de la pena.

La alegación no puede ser más extemporánea en el motivo que le sirve de cauce. La Sala de instancia estaba enjuiciando unos hechos producto de las acusaciones formuladas contra los procesados, con arreglo a las imputaciones realizadas por el Ministerio Público, y no estaba sometida a su jurisdicción la situación y régimen carcelario de los internos en la prisión, lo cual correspondía y corresponde ser revisado ante las autoridades penitenciarias y judiciales del correspondiente orden, en su caso.

3. En tercer lugar, se aduce que, a pesar de haber sido reconocida la existencia de dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, las consecuencias de las mismas no han sido debidamente establecidas. Y pone su énfasis el recurrente en que la causa quedó concluida para sentencia en 1996 y hasta 2002 no se terminó con el trámite de conclusiones provisionales, ya que no se dio traslado de la causa a los defensores que tuvieron que acudir al Tribunal para instruirse de las actuaciones.

Si la crítica de los recurrentes se centra en la motivación, hay que decir que carece de todo sustento, ya que el Tribunal a quo dedicó un cumplido razonamiento, no sólo en el párrafo primero del f. 43, sino en el punto 2º del F. primero. Así se dice que: "Unida a la anterior petición se alega la existencia de dilaciones indebidas como causa que puede aminorar las penas solicitadas. De hecho se pide que las penas a imponer se rebajen en dos grados por motivo de esta circunstancia.

Como afirman las Sentencia del Tribunal Supremo de 3-07-98, 8-06-99 y 2-04-04, las dilaciones indebidas suponen un menor reproche penal de la conducta en la medida que la lesión al derecho de ser juzgado en un plazo razonable se traduce en un recorte de la pena. Pero esta construcción

requiere que junto al dato objetivo de un plazo no justificado se constate una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada.

En el caso presente se observa que la instrucción de la causa se dilató debido a la pluralidad de delitos conocidos, el gran número de personas imputables y la dispersión de estos últimos en diversos centros penitenciarios. Así mismo la causa, una vez dictado el Auto de Conclusión por el Juez de Instrucción, se devolvió por dos veces, quedando definitivamente conclusa por Auto de mayo de 1996. Posteriormente se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes para instrucción, finalizando esta fase procesal en abril de 1999. Posteriormente se da traslado al Ministerio Fiscal y partes defensoras pues que efectúen la calificación del delito. Este trámite procesal finalizó el día 5 de abril de 2002. Se señala el juicio que se celebra en diferentes sesiones a partir del día 21-10-02. En diciembre de 2002 recae Sentencia que es recurrida en casación. Nuestro Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia por resolución de fecha 4-05-05. En fecha 23-09-05, y tras la constitución de una Sala especial para conocer de la causa, se dicta Auto señalando la celebración de las vistas correspondientes a partir del día 30 de enero de 2006.

Es obvio que el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos - 12 de noviembre de 1990- y el conocimiento por segunda vez de la causa es excesivo. A todo ello hay que unir que gran parte de los acusados se encuentren en libertad intentando adaptarse y reinsertarse en la sociedad.

Por todos los motivos expuestos la Sala considera aplicable la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada, procediéndose a la rebaja de las penas en un grado. No se va a reducir las penas a imponer en dos grados, y ni siquiera lo rebajado en un grado se impondrá necesariamente en tramo mínimo, dada la complejidad de la causa y la gravedad de algunos delitos que aún permanecen vivos en el recuerdo de muchas de las víctimas y testigos presenciales".

Y es que, en realidad, la crítica viene a centrarse, en lo que debería haber sido encauzado a través del artículo 849.1 por error iuris, puesto que se reclama, rebajar la pena en dos grados, según las previsiones contenidas en el artículo 61.5ª Código Penal de 1973 ó 66.2ª del Código Penal vigente, y no sólo en uno, como ha hecho el Tribunal.

Y, ciertamente, además de las citas jurisprudenciales que, acertadamente realiza la Sala de instancia, ha declarado esta Sala, en sentencias como las 32/2004, de 22 de enero ó 322/2004, de 12 de marzo, que, siguiendo el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno al artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", 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.

Y al respecto, nuestra jurisprudencia ha apreciado en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (sentencias 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo) que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso; también se ha apreciado como muy cualificada en la sentencia 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001. En definitiva tal doctrina resulta, entre otras, de la sentencia 2250/2001, de 13 de marzo de 2002, y de la sentencia 32/2004, de 22 de enero (duración del proceso: 14 años)".

Ante ello, el razonamiento de la Sala a quo aplicando como muy cualificada la circunstancia analógica de dilaciones indebidas aparece completamente correcto, como también aquél en el que restringe los efectos de tal aplicación a la rebaja de la pena solamente en un grado, y no dos. Y es que, tal como considera -y a diferencia de lo que sostienen los recurrentes- la complejidad de la causa resulta evidente, y, además, con actuaciones de parte nada favorecedoras de la celeridad y progresión procedimental.

(...)

Como consecuencia de todo ello resulta evidente que, como más arriba dijimos -a diferencia de lo que sostienen los recurrentes en el recurso, aunque en la causa repetidamente la invoquen (f. 102) para justificarse- la complejidad de la causa resulta evidente, y, además, se dan actuaciones de parte nada favorecedoras de la celeridad, especialmente, en el período a que se refieren comprendido entre abril de 1999 a abril de 2002, donde si

se observa una progresión agónica del procedimiento, no es por falta de diligencia de los órganos jurisdiccionales que lo impulsan continuamente, ante los obstáculos de todo tipo planteados.

Consecuentemente, no pudiéndose entender conculcados los derechos fundamentales invocados, el motivo, ha de ser desestimado.

CUARTO

Los motivos cuarto, quinto y quinto bis se fundan en quebrantamiento de forma. El primero, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado una diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma y de carácter fundamental para la defensa; el segundo, conforme al artículo 850.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber denegado el Tribunal que contestaran los testigos y peritos a preguntas pertinentes y de clara influencia en la causa; y el tercero, al amparo del artículo 851.1 por contener los hechos probados conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

1. La diligencia denegada fue la suspensión de la Vista para que se practicara la información suplementaria consistente en la pericial psiquiátrica de E., interesada en la sesión de 30-1-06.

La Sala de instancia en su fundamento jurídico primero, apartado 6 (f. 23) explicó el rechazo diciendo que: "6. Por último el Letrado de E. pidió en la sesión del día 30 de enero de 2006 la suspensión del juicio - una vez más- y que se practicara una información suplementaria consistente en una pericial psicológica sobre su cliente. El fundamento de dicha pretensión es la declaración del acusado P. M. cuñado de E., de que a este último le estaban poniendo unas inyecciones que le anulaban psicológicamente.

Estas afirmaciones no se encuentran refrendadas por ninguna otra prueba, ni siquiera el propio interesado, alegó este extremo en el acto del juicio oral. La sala no percibió ninguna anomalía en las declaraciones de este acusado el cual se expresó con total coherencia. La solicitud se puede concluir, es totalmente infundada y carece del mínimo soporte que la haga verosímil".

Y además, de ello, añadió el Tribunal de instancia en su fundamento jurídico duodécimo (f. 43), que la diligencia probatoria solicitada, a practicar hoy, después de 16 años del acaecimiento de los hechos, nada podría aportar para la determinación del estado mental existente en tal momento.

Pues bien, ante todo debe tenerse presente, como señala el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 89/86 de 1 de julio) que el derecho a las pruebas no lo es a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada y que la denegación de pruebas que el juzgador estima inútiles no supone necesariamente indefensión. Los tribunales deben evitar, por un lado cualquier indefensión, y de otro, que las partes entorpezcan y demoren el proceso (Sentencia del Tribunal Supremo de 7-5-1990), denegando motivadamente las pruebas cuando claramente sean impertinentes, de modo que, incluso refiriéndose a hechos relacionados con el objeto del proceso, y, por tanto, sometidos al debate de las partes, es rechazable la prueba cuando, por su propio contenido, no tenga capacidad para alterar el resultado de la resolución final.

En otras palabras, hay que tener presente, como en todo quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, que éste tiene su fundamento en la indefensión que se cause a la parte que lo sufre (Sentencia del Tribunal Supremo 1204/94, de 12 de junio), pero de manera que para que se admita lo segundo es preciso que el recurrente justifique que el fallo pudo haber sido distinto si la prueba omitida se hubiere practicado (Sentencia del Tribunal Constitucional 33/92, de 18 de marzo).

La prueba pericial propuesta en el caso, (Sentencia del Tribunal Supremo 1561/97, de 16 de diciembre), fue rechazada por la Sala de instancia y con el Tribunal hay que coincidir por las razones que expresa, ya que, como dijimos en nuestra sentencia de 17-2-2004, núm. 225/2004, la necesidad de una medida tan radical productora de una crisis en el proceso, de resultados tan poco favorables para su progresión, en una causa con inculpados privados de libertad, no dándose en el Juicio Oral las revelaciones o retractaciones inesperadas capaces de producir la alteración en el juicio, que exige el artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de ningún modo se aprecia.

2. En segundo lugar se denuncia, reiterando lo ya expuesto en la última parte del motivo segundo, la denegación de las siguientes preguntas a testigos y peritos:

-A) Al testigo Don. R. ¿Por qué no recuerda algunas cosas que dijo al día siguiente de los hechos, ni si era de noche o de día y si recuerda a las personas de S. y E.?

Como ya vimos, tal como está formulada, resulta incoherente e imper-
tinente, en el contexto de las preguntas efectuadas y las respuestas dada
por el testigo a lo folios 21 a 23 del acta.

-B) Al testigo Don. F. ¿Qué afección tenía en la vista? ¿Si está afecta-
do de miopía? ¿Cuántas dioptrías tiene?

Según el acta (f. 25), en realidad, se formularon como: ¿está actual-
mente afectado de miopía? ¿Cuántas dioptrías tiene? Siendo así, la imper-
tinentia de unas preguntas referente a una situación actual, respecto de
hechos acaecidos dieciséis años antes, era manifiesta.

-C) Preguntas dirigidas a los médicos forenses: ¿Cómo afecta psicoló-
gicamente el hecho de que esté 22 horas en la celda y 2 en el patio? ¿Unas
condiciones de vida muy restrictivas de la libertad pueden influir en el
estado psicológico de una persona?

Hay que tener presente -como vimos más arriba- que toda prueba peric-
ial ha de ceñirse al objeto que hubiere sido claramente determinado por
el Juez, circunscribiéndose a él, tanto las conclusiones como las aclaracion-
es que se les solicitaren a los peritos, conforme a las previsiones de
los artículos 475 a 483, y 723 a 725 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el caso, los peritos médico-forenses efectuaron sus informes
(obrantes en autos a los folios 245 a 249, 559 a 560, 612, 691, 2193 y
2195) y fueron propuestos en su escrito de acusación (f. 18 del Rollo) por
el Ministerio Fiscal para su comparecencia en la Vista del Juicio Oral
"sobre la autopsia practicada al fallecido D., sobre la sanidad y sobre las
heridas de los funcionarios, que se ha solicitado por otrosí, así como sobre
la capacidad mental de J.Ma.". En contraste, la defensa de E. en su escri-
to de conclusiones provisionales (f.115) se limitó a proponer "la pericial
de los médicos forenses".

No hubo, por tanto, ni siquiera propuesta de adición alguna al objeto
de la pericia. El auto de la Sala de instancia de fecha 29-4-2002 tuvo por
propuesta la mencionada en los mismos términos (f. 4, T. III). Y el auto de
23-9-05, con referencia a la repetición de la Vista, tras requerir a las par-
tes para que informasen si mantenían las pruebas periciales o testificales,
o como consecuencia de la sentencia de nulidad, modificaban las pruebas
pedidas, tras constatar que sólo el Ministerio Fiscal había informado en el
sentido de que se citara a juicio oral a los acusados absueltos en la prime-
ra sentencia a fin de que declararan como testigos en la nueva Vista, decla-

ró y admitió como pertinentes las pruebas en tales términos propuestas (f. 166, T. VII).

3. En tercer lugar se atribuye contener los hechos probados de la sentencia de la Sala a quo los siguientes conceptos jurídicos predeterminantes del fallo:

En el hecho primero: A) "Una vez en la celda los dos funcionarios sacaron al pasillo al acusado para realizar un cacheo manual en cuyo momento E. sacó un pincho de entre sus ropas y amenazando a los citados funcionarios los encerró en la celda".

B) "Mientras E. utilizando un pincho amenazó y encerró, a los otros funcionarios de prisiones".

C) "Este último retiene y secuestra a otro funcionario".

En el hecho segundo: "...El acusado J.Au. colocó un pincho a un funcionario y lo amenazó de muerte".

Fue introducido el vicio alegado, como motivo de casación, por la reforma de 28-6-1933 en la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" para terminar con la práctica inveterada de involucrar hechos y conceptos jurídicos en el factum, de la sentencia lo que dificultaba, cuando no impedía la labor casacional... constreñida por la valoración anticipada de los hechos realizada por el Tribunal de instancia".

Pero para la estimación del motivo, reiteradamente viene exigiendo esta Sala Segunda (Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 4-4-1988, 18-4-89, 14-12-92, 3-2-94, etc.) los siguientes requisitos:

1. Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo delictivo aplicado.

2. Que tales expresiones sean asequibles tan sólo a los juristas o entendidos en derecho y su uso no sea compartido en el lenguaje común.

3. Que tengan relación causa a efecto con el fallo.

4. Que suprimiendo tales conceptos, dejen sin base el hecho o los hechos históricos narrados, es decir, que tal supresión de lugar a un vacío fáctico y haga incongruente el referido fallo.

En nuestro caso, ciertamente, la utilización del término "amenazar" parece coincidir con los que utiliza el legislador para definir el hecho punible, pero, sin embargo, hay que tener en cuenta que la Sala de instancia utiliza el término en relación con el delito de detención ilegal, y que dado el contexto, tal palabra, como también la de "secuestra" que también

se utiliza, puede ser suprimida, sin perjuicio de la comprensión de la narración efectuada.

Por otra parte, precisamente ha dicho esta Sala (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 17-12-85) que son expresiones no predeterminantes en detención ilegal "encerrar y detener"; y en amenazas "profiriendo amenazas de muerte", por ser expresiones corrientes en el lenguaje coloquial.

Consecuentemente, los tres motivos han de ser desestimados.

QUINTO

El motivo sexto se articula por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 131 Código Penal, referente a la prescripción de alguno de los delitos por los que han sido condenados los recurrentes, como quebrantamiento de condena y atentado.

Se alega haber estado paralizada la causa por tiempo superior al establecido, de cinco años, en el artículo 131 Código Penal, y tratarse de delitos autónomos no instrumentales de otros delitos apreciados.

Aunque los recurrentes no llegan a precisar en qué momentos estuvo paralizado el procedimiento, sin embargo, la Sala de instancia parece dar por admitida la pretendida paralización -aunque tampoco ella lo concrete-, viniendo a rechazar, sin embargo, la prescripción por entender que, estando imputados a uno de los recurrentes delitos tan graves como el de asesinato y detención ilegal, y al otro detención ilegal, la conexidad y dependencia tanto objetiva como subjetiva con ellos impide la apreciación de la prescripción en los delitos de quebrantamiento de condena y atentado, igualmente imputados. Y recuerda la sentencia recurrida que resulta indudable la conexidad entre los delitos de quebrantamiento de condena y detención ilegal, no pudiéndose obviar que una de las razones que se esgrimen como motivo del asesinato cometido es la de transmitir una posición de firmeza por parte de los presos amotinados que hicieran modificar la postura de las Autoridades.

Y, ciertamente, hay que dar la razón al Tribunal a quo, puesto que ha dicho esta Sala (Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 21-12-1999, núm. 1493/1999; de 6-5-2004, núm. 590/2004), que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de

otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala (sentencias de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, entre otras), estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto.

Con arreglo a tal doctrina, existiendo esa unidad delictiva en los delitos de detención ilegal (e incluso asesinato) y atentado y quebrantamiento de condena, imputados a uno de los recurrentes, y entre detención ilegal y quebrantamiento de condena atribuidos al otro, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO

El séptimo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con referencia al delito de detención ilegal, por aplicación indebida de los artículos 480 y 481.1 Código Penal de 1973 ó en su caso de los artículos 163.1, 164 y 165 Código Penal de 1995, y por inaplicación de los artículos 480.3 Código Penal de 1973 y 163.2 Código Penal 1995, así como infracción del artículo 24 de la Constitución Española respecto a la presunción de inocencia, alegando que sólo intervinieron en la detención ilegal de cinco funcionarios, no habiéndolo hecho en la de los otros trabajadores,

habiéndose debido aplicar, en todo caso el tipo privilegiado del artículo 480.3 Código Penal.

Con incorrecta técnica formulan los recurrentes de modo conjunto lo que supone en realidad dos motivos distintos de casación, uno por infracción de Ley y otro por infracción de precepto constitucional.

1. Por lo que se refiere al error iuris, hay que estar, dado el cauce casacional elegido, a lo que precisen los hechos probados. Y el factum determina que el día 12-11-90 el acusado E., que se encontraba clasificado en primer grado, cuando fueron a sacarle de paseo de la celda los funcionarios en el momento de realizarle un cacheo manual, sacó un pincho de entre sus ropas y amenazando a los citados funcionarios los encerró en la celda. Dado que los funcionarios portaban las llaves de las celdas y de las galerías, el acusado logró abrir otras celdas saliendo de ellas los acusados P.M. y J.Ma., quienes utilizando pinchos retienen y encierran a un funcionario. Mientras tanto E. utilizando un pincho amenazó y encerró, junto a los otros funcionarios a dos funcionarios de prisiones más.

"Los acusados logran, a través del tejado, pasar al módulo 3º donde se unen otros reclusos.

Todos retienen y secuestran a otro funcionario.

A los citados acusados se les va uniendo otros acusados.

Igualmente se retiene a una monitora de gimnasia, contratada laboral por un Convenio entre el Ministerio de Justicia y el INEM, así como a dos maestros nacionales.

Los acusados exigían mejoras en las condiciones de vida penitenciaria así como medios para salir de la cárcel, utilizando a los funcionarios retenidos como medio de lograr sus objetivos. Durante el tiempo que duraron los hechos los funcionarios fueron trasladados varias veces de celdas y, a veces, exhibidos en la terraza del Centro Penitenciario como medida de presión. En los traslados de funcionarios, y encargados de su vigilancia, se alternaron todos los acusados mencionados, quienes utilizaban pinchos u otros instrumentos con finalidad intimidatoria...

Una de las veces que los internos exhibían a los funcionarios en uno de los tejados de los módulos del Centro Penitenciario, a fin de forzar a las Autoridades a la negociación, el acusado J.Au. colocó un pincho al fun-

cionario y lo amenazó de muerte, siéndole impedido cualquier clase de acción por el también acusado E.

El mismo día 12 de noviembre y en horas de la tarde se dejó salir a los detenidos, portando una serie de peticiones dirigidas a las Autoridades Penitenciarias que se habían desplazado al lugar...

En la mañana del día 13 se liberó a dos funcionarios de prisiones. A lo largo de ese día la mayoría de los internos abandonan su actitud reintegrándose en sus celdas. En la mañana del día 14 solo permanecen en actitud de abierta rebeldía los procesados E., P.M., J.Ma., J.An. y C., custodiando a los funcionarios. Estos últimos aprovechando un descuido de los procesados les encierran en una celda, terminando así los hechos".

Tal narración pone de manifiesto la participación de ambos recurrentes en la detención ilegal de los ocho funcionarios mencionados.

Por otra parte, el mismo Tribunal de instancia examina la autoría y participación de los acusados y el acuerdo que los unía, diciendo que: "Otra de las cuestiones que afecta a la responsabilidad de los acusados en el caso presente es determinar si responden, en lo referido al delito de detención, por cada caso concreto de detención en el que hayan intervenido, o deben responder por todos y cada uno de los supuestos de detención aunque no hayan tenido participación en alguno de ellos. En este sentido se ha de afirmar que son autores los que realizan el hecho compartiendo la misma finalidad, no siendo necesario que cada uno de los acusados haya ejecutado todos y cada uno de los elementos del tipo - Sentencia del Tribunal Supremo 12/2/86; 23/7/88; 8/2/91 y 4/10/94. Son autores, por tanto, los que realizan una parte necesaria en la ejecución de un plan aunque sus respectivas contribuciones no reproducen el acto estrictamente típico.

En lo que se refiere al "acuerdo" se estima -Sentencia del Tribunal Supremo 37/86 -que es suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo posible la sucesiva que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito - Sentencia del Tribunal Supremo 10/2/92; 5/10/93 y 2/7/94 -No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente por la apreciación de las diversas aportaciones de los coautores.

Como consecuencia de lo dicho los acusados que sean condenados por los delitos de detención ilegal, lo serán en su totalidad por aquellos que se

consideren acreditados, con independencia del número efectivo que hayan realizado, dado que existió un acuerdo al que se iban uniendo diversos internos con una finalidad concreta -fugarse- unidos o otros de menor interés como, por ejemplo, solicitar mejoras en las condiciones de vida en el Centro Penitenciario".

Y, después el Tribunal de instancia explica porqué ha subsumido los hechos en los tipos del Código de 1973, ante la petición de las defensas de los propios acusados y por qué no ha aplicado el tipo privilegiado del artículo 480 párrafo 3º, señalando que: "De acuerdo con el Código Penal de 1973 estamos en presencia de ocho delitos de detención ilegal previstos en los artículos 480 y 481.1 del Código Penal. En este último artículo se aplica como circunstancia agravante específica la de haber exigido rescate o impuesto cualquier otra condición. Los acusados afirman que lo único que pretendieron era una mejora en el trato y en las condiciones penitenciarias y así elaboraron una serie de escritos reivindicativos. Sin embargo los funcionarios que declararon en el plenario, así como el antiguo Director del Centro Penitenciario, afirman que sus reivindicaciones principales eran la obtención de un helicóptero y un furgón para poder fugarse. Sea una u otra intención -y lo cierto es que la Sala cree que fue lo primero dado que hasta el propio acusado E. reconoce que quería hacer un agujero desde su water y escaparse- se impuso una serie de condiciones para acabar con el secuestro de las personas allí detenidas por lo que el citado artículo 481.1 resulta aplicable.

Por último, en el breve estudio que estamos realizando de los artículos citados, es de aplicar el subtipo agravado del artículo 481.1 frente al privilegiado del artículo 480 párrafo 3º -dar libertad al encerrado dentro de los tres días de su detención-, dado que conforme la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo - Sentencia del Tribunal Supremo 15/10/96, 19/03/97 y muy especialmente la de fecha 23/01/96 - en caso de concurrencia de las dos figuras señaladas-exigir una condición y dar libertad al encerrado dentro de los tres días- es de aplicar el principio de especialidad y, por tanto, el subtipo agravado".

Y, realmente, la aplicación del subtipo privilegiado del último párrafo del artículo 480 del Código Penal no es posible ya que premia una forma de desestimiento voluntario (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990 y de 23-1-1996, núm. 21/1996), que no se da en el caso de autos en el que el factum describe (f. 16) que en la mañana del 14 seguían en actitud de abierta rebeldía, entre otros, los procesados E. y P.

M., custodiando a tres funcionarios, hasta que aprovechando un descuido de los primeros, les encerraron en una celda, terminando así los hechos.

2. El derecho a la presunción de inocencia, tiene rango de derecho fundamental en nuestro derecho al aparecer reconocido en el artículo 24 de la Constitución, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley. Así lo reconocen también el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos.

También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria. Ello no implica una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada.

En el supuesto que nos ocupa, existió prueba valorada, racionalmente por el Tribunal de instancia, tal como expone (f. 26): "1. E.- En el acto del Juicio Oral reconoció que detuvo a varios funcionarios utilizando un pincho. Así mismo los testigos lo reconocen como la persona que los detuvo, o al menos intervino en el secuestro.- 2 P. M. Reconoce también los hechos. En el acto del juicio oral manifestó que su cuñado, E., lo liberó. "Metieron en la celda a los funcionarios y después a otros. Llevábamos pinchos... El testigo lo reconoce como uno de los que custodiaban a detenidos. En igual sentido lo reconocen los otros testigos como una de las personas que utilizando pinchos los detuvo y los encerró".

Y tales apreciaciones responden a la realidad tal como se constata examinando el acta de la Vista del juicio oral, especialmente, folios 31 a 33, 33 a 35, 35 a 37, 38 a 40 y 40 a 41.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO

El octavo motivo se plantea por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con referencia al delito de asesinato, por aplicación indebida del artículo 139 Código Penal de 1995, así como infracción del artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la presunción de inocencia, y al principio pro reo.

1. El planteamiento, igualmente es doble. Por lo que se refiere a la infracción de ley, el *factum* determina con claridad la participación en la muerte alevosa del preso D. por parte del recurrente E.; así se lee que: "Tercero. La noche del 12 al 13 de noviembre, y con la finalidad de demostrar a las Autoridades con las que se negociaba la determinación de los amotinados, se decide matar a una persona. Para ello se elige al preso preventivo D., ciudadano argelino nacido en 1949, con sus padres difuntos y con cinco hermanos. Esta persona se encontraba en el patio del módulo 3º, y aún cuando era de noche la zona se encontraba iluminada con faros halógenos. Fue llamado por un grupo indeterminado de presos -más de ocho- perseguido y apuñalado, con pinchos fabricados por los propios internos durante el motín. En el apuñalamiento intervinieron directamente los acusados J.Ma., S. y E. Este último llegó a ponerse sentado encima de D. propinándole cuatro o cinco pinchazos en una zona próxima al cuello diciendo la frase "ahora sí que está muerto". El ciudadano argelino recibió 11 heridas en los pulmones de carácter punzante, más otras de carácter punzante en diversas partes del cuerpo, todas causadas por arma blanca, más otra herida contusa en cabeza producida con objeto contundente. La causa de su muerte fue diagnosticada por parada cardio respiratoria por shock hipovolémico".

2. Por lo que se refiere al segundo aspecto relativo a la carencia de pruebas de cargo, la misma sala de instancia recoge con minuciosidad en qué consistieron las existentes, que efectivamente corresponde a las declaraciones que se encuentran en el acta de la Vista del juicio oral (f. 21 y ss, 24 y ss. y 26 y ss.) constatando la incitación a los demás agresores y el apuñalamiento llevado a cabo, no solamente rematando, sino también con anterioridad a esta última actuación, por E. Y así razona que a E. "le imputa la comisión de este hecho el funcionario. Este funcionario aseguró que vio como E. pinchaba varias veces a D. en la zona del cuello cuando ya se encontraba tumbado en el suelo y el acusado se encontraba a horcajadas encima suya apuñalándole varias veces. Así mismo

oyó al acusado manifestar que este "no va a ser el último muerto" y que "para mi matar es un placer".

Otro testigo que le imputa es otro funcionario. Con este testigo se produjo un incidente curioso, uno más de los muchos que han jalonado el discurrir de este procedimiento, al alegar la defensa de E. que se le cercenaba su derecho de defensa al impedirle preguntar sobre la enfermedad que padecía en los ojos. Si se observa el acta del juicio (folio 9 de la sesión del seis de febrero), se comprobará que lo que se denegó fueron las preguntas referidas a la actual afección del testigo en la vista, no la que pudiera sufrir cuando sucedieron los hechos. En este apartado el testigo dijo que creía que en aquel momento no padecía de ninguna deficiencia.

El citado testigo manifestó que se oían frases, provenientes del patio del módulo 3º, en el sentido de que había que conseguir un muerto. Que eligieron al ciudadano argelino al azar, y que tras acosarlo y perseguirlo lo apuñalaron entre varias personas. El testigo recordaba perfectamente cuatro internos como los agresores y entre ellos al acusado E.

Por último el testigo da una versión parecida al anterior testigo. Manifiesta que fue este acusado, E. quien llamó a D. Que lo sujetó por la chaqueta mientras otro interno le daba un golpe en la cabeza. También vio a este interno pinchar al ciudadano argelino y como, cuando ya estaba caído en el suelo, puso un pie a cada lado del cuerpo y le volvió a apuñalar tres o cuatro veces más manifestando: "ahora si está muerto".

El mencionado testigo identifica a los mismos internos que menciona el otro testigo como los autores de los pinchazos a D."

Este funcionario aseguró que vio como E. pinchaba varias veces a D. en la zona del cuello cuando ya se encontraba tumbado en el suelo y el acusado se encontraba a horcajadas encima suya apuñalándole varias veces. Así mismo oyó al acusado manifestar que este "no va a ser el último muerto" y que "para mi matar es un placer".

3. Por otro lado, el recurrente no desarrolla la infracción del principio "in dubio pro reo" señalando cuáles son las dudas que el Tribunal manifiesta y que ha resuelto en perjuicio del reo, lo que hace imposible su apreciación, puesto que es reiterada la doctrina de esta Sala señalando que el principio "in dubio pro reo" únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado

pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna.

El principio "in dubio pro reo" nos señala cual debe 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 (Sentencias del Tribunal Supremo 21 de mayo de 1997, núm. 709/1997 y de 9 de mayo de 2003).

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

OCTAVO

El noveno motivo se articula por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de los artículos 20.1 y 20.5 Código Penal, referentes a las eximentes de enajenación mental transitoria y estado de necesidad, así como del artículo 21 Código Penal y artículo 24 de la Constitución Española, referente al derecho a la presunción de inocencia.

Los recurrentes alegan que pese a que E. alegó ambas circunstancias como eximentes completas o incompletas y P. M. la segunda con el mismo carácter, no fueron estimadas a pesar de haber quedado suficientemente acreditadas.

El motivo, igualmente está mal formulado, por la invocación del derecho a la presunción de inocencia, junto a la infracción de ley. Este último determina que haya de estarse al factum de la sentencia recurrida, sólo pudiéndose el mismo modificar mediante la demostración de haberse incurrido en error facti por medio de alguno de los documentos literosuficientes que admite la jurisprudencia, en relación con el artículo 849.2 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En el caso, la narración fáctica no recoge ningún elemento en el que pudiera sustentarse ninguna de las dos circunstancias cuya aplicación se reclama como eximentes completas o incompletas. Además, la Sala de instancia, parte de la correcta interpretación de la doctrina de esta Sala (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15-1-2004, núm. 1722/2003) según la que cualquier circunstancia de exención o atenuación de la pena debe quedar tan probada como los hechos mismos, correspondiendo la carga de la prueba a quien las alega; recogiendo también que lo relevante para la apreciación de la eximente del artículo 20.1 Código Penal 95 no es el estado mental del acusado en cualquier momento de su vida, sino el que

tuviera al tiempo de la comisión del delito (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 5-1-2001, núm. 2059/2000).

Y en esta línea concreta el Tribunal a quo que: "En el caso presente no existe ninguna prueba que acredite la situación de enajenación mental del acusado. La solicitud de suspensión del juicio para que fuera examinado por un médico, fundamentándose para ello en la declaración del co-acusado P.M., cuñado de E., amén de no aportar nada después de 16 años ya ha sido tratado y rechazada, en el apartado 6º del Fundamento Jurídico Primero".

Y en el apartado 6 del Fundamento jurídico primero lo que venía a decir es que: "El fundamento de dicha pretensión es la declaración del acusado P.M. cuñado de E., de que a este último le estaban poniendo unas inyecciones que le anulaban psicológicamente.

Estas afirmaciones no se encuentran refrendadas por ninguna otra prueba, ni siquiera el propio interesado, alegó este extremo en el acto del juicio oral. La sala no percibió ninguna anomalía en las declaraciones de este acusado el cual se expresó con total coherencia. La solicitud se puede concluir, es totalmente infundada y carece del mínimo soporte que la haga verosímil".

En cuanto a la situación de necesidad que se reclama para ambos recurrentes la misma sala de instancia la rechaza con fundamentos válidos, señalando que: "La idea que subyace en el planteamiento de esta cuestión es la mantenida por las defensas a lo largo del Juicio Oral: la situación permanente de vejaciones y malos tratos sufridos por los internos por parte de los funcionarios les abocó al amotinamiento.

El motivo no puede ser estimado. No hay la menor prueba de este trato vejatorio e inhumano salvo, lógicamente, las propias declaraciones de los internos.

Por otro lado no sabemos todavía cual en el mal inminente y grave que se les iba a ocasionar y que fundamentaría una rebelión. Así mismo el mal causado por la muerte de una persona y el secuestro de ocho personas es muy superior a las alegadas, y nunca acreditadas, vejaciones".

Y es que, en efecto, no se puede soslayar que los hechos probados declaran que el procesado E., precedentemente condenado por delitos de homicidio, asesinato y quebrantamiento de condena, se encontraba clasificado en primer grado penitenciario, y P.M. estaba condenado por dos delitos de quebrantamiento de condena, pero sin que -como recordábamos

con relación al motivo tercero- estuviera sometida a la jurisdicción del Tribunal de instancia la situación y régimen carcelario de los internos en la prisión, lo cual correspondía y corresponde a las autoridades penitenciarias y a las judiciales dotadas de esta específica competencia, en su caso.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

NOVENO

El décimo motivo se articula, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, con relación al delito de asesinato; así como vulneración artículo 24 de la Constitución Española, respecto a la presunción de inocencia.

El motivo, referente únicamente a E., se centra en el informe de los médicos forenses respecto al fallecimiento del súbdito argelino D., entendiéndose el recurrente que no sólo no ha sido refutado sino reforzado con las declaraciones testificales, de modo que si los testigos dijeron que vieron al primero pinchar en cuello o nuca al segundo y los forenses informan que no existe lesión alguna en cuello o nuca debe prevalecer este dictamen, quedando demostrado el error facti.

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y

21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998 y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 496/1999, de 5 de abril, entre otras).

No se trata, por lo tanto de que existan en la causa documentos que permitan una valoración diferente de la que ha realizado el Tribunal, sino que es preciso que los particulares de dichos documentos acrediten, por sí mismos y ante la ausencia de otras pruebas sobre el mismo extremo, que el Tribunal se ha equivocado al tener en cuenta su contenido, afirmando algo incompatible con lo que en ellos queda acreditado u omitiendo afirmar lo que en ellos aparece, siempre que tenga valor causal respecto del fallo. Esta Sala ha reiterado también en numerosas sentencias que el dictamen pericial no tiene naturaleza de documento a los efectos que nos ocupan, por tratarse de pruebas personales y no documentales. Si bien, con carácter excepcional, es posible atender en casación un motivo que impugne las conclusiones del Tribunal de instancia en los siguientes supuestos: a) cuando la conclusión se fundamente en tal dictamen y éste sea insostenible desde el punto de vista científico; b) cuando existiendo un único informe o varios todos coincidentes, la Sala se haya apartado de manera no razonada de sus conclusiones; c) cuando existiendo un único informe o varios plenamente coincidentes, y careciendo el Tribunal de cualquier otro medio probatorio sobre el extremo fáctico de que se trate, los haya incorporado a la sentencia de modo parcial o fragmentario, silenciando extremos jurídicamente relevantes o llegando a conclusiones divergentes de las asumidas por los peritos, sin ninguna explicación razonable (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 553/2005, de 12 de abril, núm. 68/2005, de 20 de enero o núm. 1.737/2003, de 24 de diciembre).

Sin embargo, lo que pretende el recurrente no es poner de manifiesto esa equivocación del juzgador al afirmar algo contradictorio con el particular concreto del documento (pericial) designado, o algo omitido que resulta de aquél y que debería haber declarado probado, sino una nueva valoración de las pruebas documentales, para llegar a conclusiones diferentes de las obtenidas por el tribunal. Tal pretensión no puede ser atendida.

La Sala de instancia ya explicó en su fundamento jurídico décimo por qué considero autor del delito de referencia al procesado E. Y así explica que: "Le imputa la comisión de este hecho el funcionario. Este funcionario aseguró que vio como E. pinchaba varias veces a D. en la zona del cuello cuando ya se encontraba tumbado en el suelo y el acusado se encontraba a horcajadas encima suya apuñalándole varias veces. Así mismo oyó

al acusado manifestar que este "no va a ser el último muerto" y que "para mi matar es un placer".

Otro testigo que le imputa es el otro funcionario. Con este testigo se produjo un incidente curioso, uno más de los muchos que han jalonado el discurrir de este procedimiento, al alegar la defensa de E. que se le cercenaba su derecho de defensa al impedirle preguntar sobre la enfermedad que padecía en los ojos. Si se observa el acta del juicio (folio 9 de la sesión del seis de febrero), se comprobará que lo que se denegó fueron las preguntas referidas a la actual afección del testigo en la vista, no la que pudiera sufrir cuando sucedieron los hechos. En este apartado el testigo dijo que creía que en aquel momento no padecía de ninguna deficiencia.

El citado testigo manifestó que se oían frases, provenientes del patio del módulo 3º, en el sentido de que había que conseguir un muerto. Que eligieron al ciudadano argelino al azar, y que tras acosarlo y perseguirlo lo apuñalaron entre varias personas. El testigo recordaba perfectamente cuatro internos como los agresores y entre ellos al acusado E.

Por último otro testigo da una versión parecida al anterior testigo. Manifiesta que fue este acusado, E. quien llamó a D. Que lo sujetó por la chaqueta mientras otro interno le daba un golpe en la cabeza. También vio a este interno pinchar al ciudadano argelino y como, cuando ya estaba caído en el suelo, puso un pie a cada lado del cuerpo y le volvió a apuñalar tres o cuatro veces más manifestando: "ahora si está muerto".

El mencionado testigo identifica a los mismos internos que menciona el otro testigo como los autores de los pinchazos a D."

Sin embargo, en contra de lo que pretende el recurrente, el informe pericial invocado, no contradice tales declaraciones testimoniales. En efecto, el informe de autopsia, entre las 22 heridas apreciadas, señala la existencia al menos de cuatro de ellas que perfectamente podrían ser interpretadas, por cualquier testigo que hubiera observado su producción, como efectuadas en la zona del cuello, (entre el cuello y los omóplatos, el cuello o la nuca, f. 22 del acta) aunque hay que destacar que los demás testigos no se limitan a señalar esa como la única zona acometida por E. del cuerpo de la víctima.

Así el informe médico forense (f. 245 y ss.) aprecia producida la herida núm. 16 en la "región supraclavicular izquierda, que se extiende por continuidad hacia el ápice del pulmón izquierdo en su región latero anterior"; la herida núm. 17 "en el segundo espacio intercostal izquierdo,

porción posterior, con lesión penetrante en ápice del pulmón izquierdo en su cara posterior, penetrando el arma de forma oblicua de derecha a izquierda y de arriba abajo"; la herida núm. 18 "en tercer espacio intercostal izquierdo posterior con afectación de arco costal, que se extiende al lóbulo superior del pulmón izquierdo en su porción superior, y que corresponde a la penetración del arma de forma oblicua de arriba abajo y de derecha a izquierda; la herida núm. 19 "en el tercer-cuarto espacio intercostal izquierdo posterior, cerca de la línea paravertebral izquierda, que se extiende al lóbulo inferior del pulmón izquierdo en su porción superior y posterior, penetrando el arma de forma oblicua, de arriba abajo y de derecha a izquierda.

Y, aún con mayor precisión, en la Vista del juicio oral los referidos peritos ubicaron la herida núm. 11 en el borde interno del omóplato; la núm. 14 en la línea inferior del omóplato; la 16 en región supraclavicular; las 17, 18 y 19 en región superior del omóplato; la 20 en nivel paravertebral; y la 22 en cráneo región pareotemporal.

El motivo se desestima.

Recurso de J.Ma.

DÉCIMO

El recurrente fue condenado en concepto de autor de un delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, con la concurrencia de la agravante de reincidencia; de ocho delitos de detención ilegal, sin circunstancias agravantes; de un delito de atentado, con la agravante reincidencia; de un delito de asesinato, sin circunstancias; y de un delito de lesiones, con la agravante de reincidencia. Y en todos los casos se aplicó la atenuante por analogía muy cualificada de dilaciones indebidas.

El primer motivo, se articula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse incorporado al T. VI del procedimiento las actas de las sesiones del juicio anterior declarado nulo. El segundo, lo hace al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse permitido que varios testigos acudieran al Juicio Oral con copia de sus declaraciones. Y el tercero se ampara en el artículo 5.4

de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de Ley y del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dada su coincidencia esencial con los tres primeros motivos del recurrente anterior, remitiéndonos a lo dicho con relación a los mismos, en evitación de repeticiones innecesarios, tales motivos deben ser igualmente desestimados.

UNDÉCIMO

El cuarto motivo se articula por infracción de ley, y del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

1. Dando también por reproducido el concepto de la presunción de inocencia, que vimos con relación al anterior recurrente, ahora sólo recordaremos que la Sala de instancia dispuso de prueba susceptible de sustentar los cargos formulados contra quien ahora recurre con relación a todos los delitos imputados, tal como explica, en primer lugar, con respecto a la detención ilegal en el f. 27, diciendo que: "3. J.Ma. En el acto de la vista pública reconoció que participó en la detención de los funcionarios.- En el acto del Juicio Oral los testigos lo reconocen como uno de los internos que participaron en los sucesivos traslados de los secuestrados. Uno de los testigos lo reconoce como uno de los acusados que lo sorprendió y lo detuvo".

Y, en efecto, el acta de la vista demuestra que el testigo, declaró (f. 18) que: "desde el exterior vio participar en los traslados a P.M., J.An., E., Cab. y Cas."

El testigo declaró (f. 21 y 23) que: "La segunda mañana aparecieron dos de los acusados, J.Ma. y J.An. y vinieron a pedir el desayuno... J.Ma. dijo que a ver si llevaba el desayuno que si no mis compañeros se quedaban sin desayunar, esto ocurrió en la mañana siguiente al secuestro. No comentó que se lo hubiese ordenado alguien de los cabecillas".

Otro testigo señaló (f. 37): "...A mi me cogieron para negociar, y me subieron y bajaron a través de una manguera de un muro dos veces. Yo iba obligado por E. que llevaba un pincho. Participaron también P.M., J.Ma., J.An.". El testigo indicó (f. 38): "...Venían con pinchos, y me detienen, entran en la oficina, nos pasan a una celda que había al lado. J.Ma. también iba, J.An. y Cas., también".

El testigo dijo (f. 32): "A las 10 horas fui sorprendido por E. y J.Ma. con un pincho y me secuestraron cuando estaba haciendo la vigilancia en el patio".

2. En cuanto al delito de atentado la Sala a quo precisó (f. 30) que: "4. J.Ma.. La conducta intimidadora de este acusado viene dada por la declaración del testigo, quien aseguró que fue sorprendido por E. y J.Ma. cuando se encontraba realizando la vigilancia en el patio y le pusieron un pincho en el cuello trasladándolo a una celda con otros dos compañeros.

Así mismo el funcionario manifestó que cuando se encontraba en la Sala de funcionarios del módulo tres entraron varios internos y portando pinchos, entre ellos J.Ma., y lo detuvieron".

Y, en efecto, el acta de la Vista revela que los testigos (f. 32) y (f. 39) dijeron lo que con exactitud recoge la Sala de instancia, que ya conocemos con relación a la detención ilegal.

3. Por lo que se refiere al delito de lesiones, la Sala a quo (f. 34) dijo: "Octavo.- Respecto de las lesiones sufridas por el funcionario, la única prueba válida realizada en el acto del plenario consistió en declaración testifical de otro funcionario.

Este testigo volvió a relatar lo sucedido manifestando de forma reiterada que el único que recordaba como autor de la lesión era el procesado J.Ma., pues es el único que vio de cara".

Y, asimismo, a los f. 47, 48, del acta de la Vista obran las declaraciones del testigo, indicando que: "Vi las lesiones del funcionario, lo saqué fuera con los funcionarios. Vi que le pegaron con unos hierros y cuando fueron al tejado lo llevé al Centro. En mis declaraciones anteriores dije la verdad. Ahora no lo recuerdo. Exhibidos los f. 98 y 238, reconoce sus firmas. Dice que en su día no mintió... A preguntas del Letrado manifiesta que recuerda mejor a ... Reconocí por las fotos a los acusados, sobre todo a uno, al único que actualmente puedo decir que vi de cara fue a ...".

4. En cuanto al delito de asesinato el Tribunal a quo viene a señalar (f. 38) que: "J.Ma. es identificado sin dudas por los funcionarios como uno de los internos que apuñaló a D."

Y el acta de la Vista, igualmente, confirma estas consideraciones. Así el testigo dijo (f. 24): "Presencie la muerte del argelino... Vi apuñalar a cuatro, se me quedaron cuatro personas. Eso ya lo declaré en el juzgado, ratifico esa declaración".

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DUODÉCIMO

El quinto motivo se formula por infracción de ley, y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, con relación a la agravante de reincidencia.

Entiende el recurrente que se está aplicando la agravante de reincidencia en relación con los delitos de quebrantamiento de condena, atentado y lesiones, sin que existan datos suficientes en la causa respecto a las condenas que le han sido impuestas, tanto más cuanto dado el tiempo transcurrido desde la última condena hasta el momento de los hechos (tres años y nueve meses), los antecedentes penales bien podrían haber sido cancelados, conforme al artículo 136 Código Penal.

En primer término es oportuno recordar que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, así atenuantes como agravantes, deben estar tan probadas como el hecho mismo, por la parte procesal en quien recaiga la carga de acreditarlos, debiendo existir en la narración de los hechos probados los datos necesarios para tal aplicación (Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 29-6-2004, núm. 842/2004 y núm. 55/2007, de 23-1-07).

Esta Sala ha señalado con frecuencia (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13-5-2004, núm. 632/2004), que en los hechos probados de la sentencia condenatoria han de constar los elementos fácticos que sirven de base a los requisitos de la agravante, es decir, que en el momento de delinquir, el autor hubiera sido ejecutoriamente condenado; y que lo hubiera sido por un delito comprendido en el mismo capítulo del Código (con relación al de 1995) y además de la misma naturaleza. Pero además también ha señalado que es necesario que consten los datos que permitan computar los antecedentes, lo cual ocurrirá exclusivamente cuando no pudieran haber sido cancelados.

Los requisitos de la cancelación vienen establecidos en el artículo 136 del mismo Código, en el que se señalan unos plazos en función del tipo de pena impuesta, y se establece que se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena impuesta.

Por lo tanto, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en la sentencia los siguientes datos: en primer lugar, la fecha de la sentencia condenatoria; en segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena; en tercer lugar, la pena o penas impuestas, y en cuarto lugar, la fecha

en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del artículo 136, es el de firmeza de la sentencia anterior (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1370/2003, de 20 de octubre y núm. 1543/2003, de 18 de noviembre, entre otras muchas).

La sentencia de instancia se limita a declarar en el primer hecho probado que: "el procesado J.Ma. condenado por delito de quebrantamiento de condena por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Barcelona en fecha 17-1-87 y atentado por la SAP de Barcelona de fecha 3-07-86 (en compañía de otros) utilizando pinchos retienen y encierran a un funcionario... junto a los otros tres funcionarios de prisiones".

Y en el hecho cuarto se declara probado que: "los procesados J.Ma. y otro, golpearon al preso del módulo 4º B. utilizando para ello una barra de hierro. Como consecuencia de ello el B. sufrió heridas varias...".

Y a ello añade la Sala de instancia en el fundamento jurídico decimotercero, que en este acusado "concorre la agravante de reincidencia del artículo 10-15 del Código Penal, en el delito de atentado al haber sido condenado por sentencia firme de la Audiencia Provincial de Barcelona el 4-4-85; en el delito de lesiones al haber sido condenado por sentencia firme de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 17-10-86 y por el Juzgado Instrucción núm. 6 de Barcelona en fecha 17-10-87".

Es evidente que tal narración fáctica -aún con la adición del fundamento jurídico- resulta incompleta a los efectos que nos interesan, de modo que no precisa ni las penas impuestas, ni la fecha de extinción de tales penas y por lo tanto, no determina el día desde el que se ha de contar el plazo correspondiente de los establecidos en el artículo 136 Código Penal.

El delito de quebrantamiento de condena, conforme al Código Penal de 1973, artículos 334 y 335, según que concurra o no violencia puede llevar asociada penas de arresto mayor o prisión menor. El delito de atentado conforme al artículo 236 del Código Penal de 1973, lleva pena de prisión menor; y el de lesiones, conforme al artículo 420 conllevaría la pena de

prisión menor, y si fuera con armas, conforme al artículo 421, la misma pena en el grado medio a máximo.

Sin conocer las penas impuestas y los demás datos que se echan en falta, no es posible determinar si han transcurrido o no los plazos para la cancelación de los antecedentes penales, previstos en el artículo 136.2 Código Penal vigente y 118 del derogado. En atención a lo expuesto procede estimar el motivo, a falta de las concreciones o precisiones necesarias que justifiquen la aplicación del artículo 22-8, en relación al 136 del Código Penal.

Las penas, sin reincidencia, deberán ser objeto de individualización en la segunda sentencia.

DECIMOTERCERO

El sexto motivo se articula por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 131, en relación con los artículos 334 y 335 Código Penal, correspondientes al delito de quebrantamiento de condena, y en relación con el principio acusatorio y la prescripción de los delitos.

Alega el recurrente que no puede ser condenado por un delito de quebrantamiento de condena, por el que en realidad no ha sido acusado, tal como obra en la causa y en los antecedentes de la sentencia, habiendo solo ésta en el fundamento jurídico tercero (f. 47) de modo sorpresivo haberle incluido, como también en el fallo. Y de modo subsidiario alega también, la prescripción del delito dado el tiempo transcurrido desde el 12-11-90, en que ocurrieron los hechos, hasta la celebración del juicio en 30-1-06.

Pues bien, como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (Sentencias del Tribunal Constitucional 12/1981, de 10 de abril; 95/1995, de 19 de junio; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5 E). La íntima relación existente entre el

principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1987, de 7 de mayo, F. 2 y 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: artículo 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al "factum" sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Al respecto ya la propia Exposición de Motivos de nuestra veterana de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 destacaba (XVI) la introducción, siguiendo las pautas del Código austriaco, del sistema acusatorio en la Ley Procesal como un eficaz medio para corregir los vicios del enjuiciamiento anterior, y como encarnación del respeto a la personalidad del hombre y a la libertad de la conciencia (XXIV); de tal modo que únicamente al Ministerio fiscal o a la acusación particular, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates (XXVI).

La sentencia recurrida en su antecedente de hecho segundo (f. 5) al referirse a la calificación definitiva del Ministerio Fiscal, no lo incluye entre los autores del delito de quebrantamiento de condena (f. 5), ni hace constar que le solicite pena alguna para tal delito (f. 9). En el fundamento de derecho segundo (f. 23) se indica que el delito se imputa a los acusa-

dos E., P.M., J.An. y Cas., y explica que la imputación a estos cuatro acusados se fundamenta en el hecho de que fueron los últimos que mantuvieron su actitud de rebeldía y su voluntad de no cumplir con la pena impuesta. Y que la no acusación a los otros encausados lo fundamenta el Ministerio Fiscal en el dato de que desistieron voluntariamente de su comportamiento y volvieron a las celdas. Sin embargo, en el fundamento jurídico decimotercero (f. 47), al hablar de las penas, entiende que concurre la agravante de reincidencia en el delito de quebrantamiento de condena; y señala que se le condena como autor de un delito de quebrantamiento en grado de tentativa a la pena de 600.000 ptas. de multa (3.606 euros). Y, finalmente, en el fallo (f. 53, 54) se le condena además de por otros delitos, por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 3.606 euros.

El examen de las actuaciones pone, también, de manifiesto que J. Ma. fue procesado por este delito por auto de 23-11-91 (f. 1.175). El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales, de fecha 17-5-99, lo consideró autor de este delito y le solicitó la pena de cinco meses de arresto mayor; sin embargo en su escrito de conclusiones definitivas fechado en 14-2-06, en la tercera conclusión, no lo incluye entre los autores que enumera de ese delito; y en la quinta conclusión, aunque le pide penas por los delitos de detención ilegal, atentado, asesinato, lesiones y robo con violencia, ninguna le pide por quebrantamiento de condena. Y, puesto que el acta de la Vistas señala (f. 56) que el Ministerio Fiscal eleva las conclusiones provisionales a definitivas con las modificaciones que constan en el escrito que aporta en este acto, dándose traslado a las partes en este acto, hay que concluir que realmente no fue acusado J.Ma. por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, habiendo recaído la condena de la Sala indebidamente por falta de la correspondiente imputación definitiva de este delito.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, dictándose en segunda sentencia el correspondiente pronunciamiento absolutorio respecto del recurrente, por el delito de quebrantamiento de condena, en grado de tentativa.

(Los fundamentos jurídicos que abarcan del decimocuarto al trigésimo séptimo no se reproducen, al ser reiteración de los ya expuestos y, resultar en todos ellos desestimados los motivos que contemplan)

Recurso del ILMO. SR. ABOGADO DEL ESTADO

TRIGÉSIMOCTAVO

El único motivo se plantea por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 19.1 Código Penal de 1973, ó en su caso 116 Código Penal de 1973, en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la carga de la prueba. Y ello con respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado para indemnizar los daños morales respecto de los hermanos del fallecido D.

1. El recurrente sostiene que el reconocimiento de la indemnización por daños morales exige la prueba de la existencia del daño moral, que corresponde a quien pretende la indemnización, de acuerdo con los principios de la prueba civil que rigen la responsabilidad civil, aunque se exija dentro del proceso penal, a diferencia de la argumentación de la sentencia de instancia que parte del principio contrario de no haberse acreditado la inexistencia de relación familiar.

Igualmente aduce el recurrente que no se ha probado la existencia de vinculación afectiva y efectiva de los hermanos con el fallecido D., ni situación de dependencia económica que justifique la existencia del daño moral pretendido.

Y, se añade, que los únicos datos o indicios que aparecen en los autos se reducen a que el único hermano personado en los autos parece ser que vivía en París y que durante doce años ni siquiera se puso en contacto con su Letrado, quien en su escrito de renuncia dirigido a la Audiencia expone que "desde el año 1991 el nombrado querellante no se ha puesto en contacto personal con este Letrado porque no ha habitado en el domicilio de París facilitado, y por ser desconocido su domicilio".

2. La sentencia de instancia en el apartado tercero de sus hechos probados indicó que, tras decidir matar a una persona, se eligió "al preso preventivo D., ciudadano argelino, nacido en 1949, con sus padres difuntos y con cinco hermanos"; en el fundamento jurídico decimocuarto se argumentó en el sentido expuesto por el recurrente, y en el fallo entre otros pronunciamientos, se determinó que "los acusados E., J.Ma. y S., indemnizarían por partes iguales y de forma solidaria a los hermanos de D. por su muerte, en 60.000 euros"; así como que "de las anteriores cantidades, exceptuando por los daños cometidos en el Centro Penitenciario, responde de forma subsidiaria la Dirección General de Instituciones Penitenciarias".

3. La jurisprudencia de esta Sala -como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 4-7-2005, núm. 879/2005 - despejó, hace ya bastante tiempo, "la ambivalente referencia que el antiguo Código Penal hacía a la "familia" y a los "herederos", decantándose inequívocamente por el señalamiento de la indemnización a favor del concepto amplio de familia, ya que al fallecer una persona como consecuencia de un delito, la obligación de indemnizar surge, pero no en virtud del fenómeno sucesorio, ya que el difunto nada llegó a adquirir en vida que pudiera ser integrado en su patrimonio, por lo que nunca podría haber sido objeto de transmisión mortis causa". Y en otras ocasiones hemos señalado (Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2002, núm. 1190/2002) que "el derecho a la percepción del resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tiene naturaleza hereditaria sino que es iure proprio".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27-11-2003, núm. 1625/2003, aclara que: "El artículo 113 Código Penal habla -como receptores de la indemnización- de quienes hubieren sufrido daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con ésta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas no integradas en el ámbito familiar".

Por ello mismo, la sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1990 ya declaraba que "ha de atenderse en la "pecunia doloris", sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo".

Por su parte, también esta Sala ha señalado (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio, 20 de octubre, 12 de noviembre de 1981, 20 de abril y 20 de diciembre de 1982, 25 de junio de 1983, y 20-10-1986) que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolonga-

dos, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de estos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente.

El motivo debe, pues, ser estimado.

CUADRAGÉSIMO

En virtud de lo expuesto:

1º) Procede desestimar los recursos de casación interpuestos, por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por las representaciones de los procesados E., J.An., J., Cas., y S., haciéndoles imposición de las costas de sus respectivos recursos.

2º) Procede estimar en parte el recurso de casación interpuesto por infracción de Ley y de precepto constitucional por los procesados J. Ma. (motivos quinto y sexto) y J.Ca. (motivo sexto), declarando de oficio las costas de sus respectivos recursos, de acuerdo con las previsiones del artículo 901 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3º) Aprovecharán los efectos de la estimación del motivo quinto (reincidencia) de J.Ma., a los procesados E., P.M., Cas., J.Ca. y S., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

4º) Igualmente procede estimar el recurso de casación por infracción de Ley (motivo único) interpuesto por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, declarando de oficio sus costas.

III. FALLO

1º Procede desestimar los recursos de casación interpuestos por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por las respectivas representaciones de los procesados E., P.M., J., Cas., y S., contra la sentencia dictada con fecha 23 de marzo de 2006, y aclarada por auto de 26 de abril de 2006, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, haciéndoles imposición de las costas de sus respectivos recursos.

2º Procede estimar en parte el recurso de casación interpuesto por infracción de Ley y de precepto constitucional por los procesados J.Ma. (motivos quinto y sexto) y J.Ca. (motivo sexto), declarando de oficio las costas de sus respectivos recursos, de acuerdo con las previsiones del artículo 901 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3º Aprovecharán los efectos de la estimación del motivo quinto (reincidencia) de J.Ma., a los procesados E., P.M., Cas., J.Ca. y S., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

4º Igualmente procede estimar el recurso de casación por infracción de Ley (motivo único) interpuesto por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, declarando de oficio sus costas, aprovechando los efectos de la estimación del motivo a los procesados, condenados por el delito de asesinato, E., J.Ma., y S., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente tal sentencia, dictando a continuación otra sentencia más ajustada a Derecho.

Póngase esta resolución y la que a continuación se dice, en conocimiento de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de febrero de dos mil ocho.

En la causa correspondiente al Sumario 9/91 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alicante, fue dictada sentencia el 23 de marzo de 2006 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, que contenía el siguiente Fallo: "Que debemos condenar y condenamos como autores criminalmente responsables de los delitos que se indican a los siguientes acusados:

1. E.

-Un delito de quebrantamiento en grado de tentativa: a la pena de multa de 3.606 euros.

-Ocho delitos de detención ilegal a la pena por cada delito de 10 años de prisión mayor.

-Un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por un delito de asesinato a la pena de 26 años de reclusión mayor.

Concurre la agravante de reincidencia en el delito de quebrantamiento y asesinato.

Concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificadas.

Le es aplicable la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, por lo que el máximo de cumplimiento se fija en 30 años.

Se le impone la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2. P.M.

-Por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 3.606 euros.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena, por cada uno de ellos, de 10 años de prisión mayor.

-Por un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por un delito de asesinato a la pena de 26 años de reclusión mayor.

Concorre la agravante de reincidencia en el delito de quebrantamiento de condena, y la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Por aplicación de la regla del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, el límite de cumplimiento se fija en 30 años.

Se le impone la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

3. J.

-Como autor de ocho delitos de detención ilegal, sin circunstancias, a las penas por cada delito de prisión menor por tiempo de 4 años 2 meses y 1 día. Concorre la circunstancia atenuante analógica de dilaciones como muy cualificada.

Conforme al artículo 70.2 del Código Penal de 1973, el límite de cumplimiento se fija en 12 años 6 meses y 3 días de prisión.

Se impone la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

4. J.Ma.

-Por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 3.606 euros.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena de prisión mayor por tiempo de 10 años.

-Por un delito de atentado a la pena de 6 meses de arresto mayor.

-Por un delito de asesinato a la pena de 23 años y 4 meses de reclusión mayor.

-Por un delito de lesiones a la pena de 2 años y 4 meses de prisión menor.

Concorre la circunstancia de reincidencia en los delitos de atentado, lesiones y en el de quebrantamiento de condena. Concorre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973, el máximo de cumplimiento se fija en 30 años.

Se le impone la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

5. J.An.

-Por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 1803 euros.

-Por un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena por cada uno de ellos, de 10 años de prisión mayor.

Concorre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

El máximo de cumplimiento conforme al artículo 70.2 del Código Penal de 1973, se fija en 30 años.

Se le impone la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

6. J.Au.

-Por un delito de atentado, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, con aplicación del Código Penal de 1973, a la pena de multa de 100.000 ptas. o arresto sustitutorio de 10 días en caso de impago.

7. Cas.

-Por un delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa a la pena de multa de 1803 euros.

-Por ocho delitos de detención ilegal a la pena de prisión mayor por tiempo de 10 años.

-Por un delito de atentado a la pena de 4 meses de arresto mayor.

-Por tres delitos de robo con violencia a la pena de 2 años de prisión menor por cada uno de ellos.

-Por un delito de atentado a la pena de 6 meses de arresto mayor.

Concorre la circunstancia de reincidencia en el delito de robo y en el delito de atentado, así como la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

El máximo de cumplimiento se fija en 30 años (artículo 70.2 Código Penal 1973).

Se le impone la pena de suspensión durante el tiempo de la condena.

8. P.

-Por un delito de homicidio en grado de frustración, concurriendo la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 5 años de prisión menor y suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena. Todo ello con arreglo al Código Penal de 1973.

9. J.Ca.

-Por un delito de robo con violencia e intimidación, concurriendo la circunstancia de reincidencia y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 2 años de prisión menor y suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena. Todo ello con arreglo al Código Penal de 1973.

10. S.

-Por un delito de asesinato a la pena de reclusión de 23 años y 4 meses.

-Por un delito de robo a la pena de 2 años de prisión menor.

Concorre la circunstancia agravante de reincidencia en el delito de robo y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas en los dos.

Se aplica el Código Penal de 1973.

11. L.

-Por dos delitos de lesiones concurriendo la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de arresto mayor por tiempo de 6 meses por cada delito, y suspensión de cargo público durante el tiempo de la condena.

Una vez firme esta resolución se dará nuevo traslado a las partes a fin de que informen sobre el Código Penal que consideren más beneficioso.

Se absuelve de los siguientes delitos a los acusados que se mencionan:

- De los delitos de detención ilegal.
- Del delito de lesiones.
- De un delito de robo con intimidación.
- Del delito de asesinato.

1. Los acusados E., J.Ma. y S., indemnizarán por partes iguales y de forma solidaria a los hermanos de D. por su muerte en 60.000 euros.

2. Los acusados L. y J.Ma. por las heridas causadas al funcionario, también de forma idéntica a lo señalado anteriormente, en 600 euros, y por las secuelas en 300 euros.

3. S. y J. Ca. indemnizarán al funcionario por lo sustraído en 90 euros.

4. L. indemnizará al funcionario en 600 euros por las heridas causadas y en 1.200 euros por las secuelas.

5. Cas., por los efectos sustraídos indemnizará a los funcionarios en 18 euros; en 240 euros, y en 192 euros respectivamente.

6. P. indemnizará al funcionario, por las heridas causadas en 4.200 euros.

7. Todos los acusados indemnizarán por partes iguales y de forma solidaria a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en 51.47 euros.

De las anteriores cantidades exceptuando por los daños cometidos en el Centro Penitenciario, responde de forma subsidiaria la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Se impone a los condenados las costas procesales conforme a los criterios establecidos en el Fundamento Jurídico decimosexto de esta resolución”.

Dictándose en 26-04-06, auto de aclaración, cuya parte dispositiva dijo: "ACORDAMOS: Rectificar la parte dispositiva de la sentencia de tal modo que donde dice "por un delito de homicidio en grado de frustración... a la pena de 5 años de prisión menor..." debe decir "...a la pena de 4 años de prisión menor..."

No ha lugar a la aclaración solicitada por Cas."

Dicha sentencia ha sido parcialmente casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados

que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de nuestra sentencia anterior y los de la sentencia parcialmente rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

SEGUNDO

En su virtud:

A) No se aprecia la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, prevista en el núm. 15 del artículo 10 Código Penal de 1973, en los delitos de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, y de asesinato por los que fue condenado E.; atentado y lesiones por los que fue condenado J.Ma.; en los tres delitos de robo con violencia, y un delito de atentado por los que fue condenado Cas.; en el delito de robo con violencia por el que fue condenado J.Ca.; y en delito de robo con violencia por el que fue condenado S.

B) Se absuelve a J.Ma. del delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa por el que fue condenado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas de la instancia.

C) Se absuelve a J.Ca. de la obligación impuesta en la sentencia de instancia de indemnizar, por partes iguales y de forma solidaria con los demás condenados, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en 51.047 euros.

D) Se absuelve de la obligación de satisfacer, por partes iguales y en forma solidaria, a los hermanos de D. la cantidad de 60.000 euros, a que, en concepto de responsables civiles directos por su muerte, fueron condenados los procesados E., J.Ma., y S. y se absuelve de la responsabilidad civil subsidiaria que respecto del mismo pago fue condenada la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

TERCERO

En cuanto a la individualización de las penas resultante de la eliminación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad agravante de reincidencia, en los delitos y respeto de los procesados que se mencionan, teniendo en cuenta la subsistencia de la atenuante por analogía de dilaciones indebidas, estimada como muy cualificada (bajando la pena un grado), de acuerdo con las previsiones del artículo 61 regla 5ª, y artículo 63 Código Penal de 1973, y respetando los criterios plasmados en la sentencia de instancia, procede imponer la penas siguientes:

-A E., por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, multa de 1.803 euros; y por el delito de asesinato 24 años de reclusión mayor.

-A P.M., por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, multa de 1.803 euros.

-A J.Ma., por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, multa de 1.803 euros; por el delito de atentado cuatro meses de arresto mayor; y por el delito de lesiones un año y seis meses de prisión menor.

-A Cas., por cada uno de los tres delitos de robo con violencia, un año y seis meses de prisión menor; y por el delito de atentado cuatro meses de arresto mayor.

-A J.Ca., por el delito de robo con violencia un año y seis meses de prisión menor.

-Y a S., por el delito de robo con violencia un año y seis meses de prisión menor.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto a los otros delitos apreciados a los mismos condenados, penas accesorias, costas y demás responsabilidades civiles.

III. FALLO

1º No apreciándose la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, debemos imponer e imponemos la penas siguientes:

-A E., por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, multa de 1.803 euros; y por el delito de asesinato 24 años de reclusión mayor.

-A P.M., por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, multa de 1.803 euros.

-A J.Ma., por el delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa, multa de 1.803 euros; por el delito de atentado cuatro meses de arresto mayor; y por el delito de lesiones un año y seis meses de prisión menor.

-A Cas., por cada uno de los tres delitos de robo con violencia, un año y seis meses de prisión menor; y por el delito de atentado cuatro meses de arresto mayor.

-A J.Ca., por el delito de robo con violencia un año y seis meses de prisión menor.

-Y a S., por el delito de robo con violencia un año y seis meses de prisión menor.

2º Debemos absolver y absolvemos a J.Ma. del delito de quebrantamiento de condena en grado de tentativa por el que fue condenado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas de la instancia.

3º Debemos absolver y absolvemos a J.Ca. de la obligación impuesta en la sentencia de instancia de indemnizar, por partes iguales y de forma solidaria con los demás condenados, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en 51.047 euros.

4º Debemos absolver y absolvemos de la obligación de satisfacer, por partes iguales y en forma solidaria, a los hermanos de D., la cantidad de 60.000 euros, a que, en concepto de responsables civiles directos por su muerte, fueron condenados los procesados E., J.Ma., y S.

5º E igualmente se absuelve de la responsabilidad civil subsidiaria que respecto del mismo pago fue condenada la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, incluidos los aspectos relativos a los otros delitos apreciados a los mismos condenados, y a las penas accesorias, costas y demás responsabilidades civiles.

5.- SENTENCIA 94/2008 DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 15/02/08

Prescripción de delitos

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 12-06-2007 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, casándola y anulándola en el sentido de absolver a los acusados.

En la Villa de Madrid, a quince de febrero de dos mil ocho.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por los acusados J. y J.P., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, que les condenó por delito de uso de vehículo de motor, dos delitos de robo con violencia e intimidación y uso de instrumento peligroso y una falta de hurto, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia uno de ellos y Ponencia del Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por Procurador.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Catarroja, incoó Procedimiento Abreviado con el número 13/1998 contra J., J.P. y C.J., y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Primera con fecha doce de junio de dos mil siete, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- Entre las 16,30 horas y las 18,30 horas del día 19 de abril de 1997, los acusados J., de 22 años de edad, J.P., de 20 años de edad y C.J.,

de 17 años de edad, todos sin antecedentes penales, con ánimo de uso y de mutuo acuerdo con otro individuo no identificado, se dirigieron a la Feria de Muestras, sita en el término municipal de Burjasot y valiéndose de instrumento adecuado, forzaron la cerradura de la puerta del conductor del vehículo Ford Mondeo, G--GN, valorado en más de 50.000 pesetas, que se hallaba perfectamente estacionado y cerrado y una vez en su interior, le realizaron el "puente" poniéndolo en marcha y circulando con el mismo se marcharon del lugar.

Sobre las 18,50 horas del mismo día, los acusados de mutuo acuerdo con otro individuo no identificado y con ánimo de lucro, se dirigieron con el vehículo previamente sustraído, hasta una gasolinera y tras cubrirse los rostros con un pasamontañas para evitar ser reconocidos, se apearon del vehículo tres de ellos y exhibiendo una escopeta de cañones recortados y dos machetes abordaron a dos empleados, exigiéndoles la entrega del dinero, apoderándose de 56.887 pesetas.

Minutos antes, sobre las 19,00 horas, valiéndose del mismo método y con el mismo ánimo, se dirigieron a otra gasolinera, y tras apearse tres de ellos del vehículo, cubriendo su rostro con pasamontañas y portando una escopeta de cañones recortados y dos maletas, abordaron a dos empleados, les exigieron la entrega del dinero recaudado, apoderándose de 67.439 pesetas, huyendo del lugar en el vehículo arriba mencionado.

Sobre las 19,30 horas del mismo día, los acusados fueron detenidos por los Agentes de la Policía Local de Aldaya, cuando abandonaban el vehículo Ford Mondeo, G--GN, y subían en el vehículo Ford Escort D--DV, propiedad de uno de los acusados, no logrando detener al cuarto individuo no identificado, que ya no se encontraba con los acusados. En el momento de la detención, se les ocuparon 54.200 pesetas, un cuchillo de cocina, un pasamontañas, una maza-hacha y dos destornilladores, entre otros efectos, cuya procedencia ilícita no consta, así como una linterna y una falda de ballet, que con ánimo de ilícito lucro y de mutuo acuerdo habían cogido del interior del vehículo Ford Mondeo G--GN cuyo valor se estima inferior a 50.000 pesetas. Los daños causados en el vehículo Ford Mondeo, G--GN, han sido valorados en 256.910 pesetas, no reclamando el perjudicado al haber sido indemnizado por la Compañía de Seguros "Multinacional Aseguradora, SA", que reclama.

La propietaria de la gasolinera ha renunciado a toda indemnización".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS:

PRIMERO.- CONDENAR a los acusados J., J.P. y C.J., como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de robo de uso de vehículo de motor, dos delitos de robo con violencia e intimidación y uso de instrumento peligroso y una falta de hurto.

SEGUNDO.- Appreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de menor de edad en C.J.

TERCERO.- Imponerles por tal motivo las siguientes penas:

-A J. y J.P., a cada uno de ellos, la pena de arresto de 21 fines de semana por el delito de robo de uso de vehículo de motor, y la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por cada uno de los dos delitos de robo con violencia e intimidación y uso de armas, y la pena de arresto de tres fines de semana por la falta de hurto.

-A C.J. la pena de arresto de nueve fines de semana por el delito de robo de uso, la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por cada uno de los dos delitos de robo con violencia e intimidación y uso de instrumento peligroso y la pena de arresto de dos fines de semana por la falta de hurto.

CUARTO.- Imponerles el pago de las costas del proceso por terceras partes.

QUINTO.- Que por vía de responsabilidad civil abonen las cantidades siguientes: 56.887 pesetas al propietario de la gasolinera, y a la Compañía Multinacional Aseguradora en la cantidad de 256.910 pesetas que ésta satisfizo a su asegurado. Cantidades, ambas, que devengarán los intereses legalmente establecidos.

Se acuerda el comiso de los destornilladores, cuchillo de cocina, maza-hacha y pasamontañas que fueron ocupados en poder de los acusados. Igualmente, se acuerda la entrega definitiva de los objetos recuperados a sus legítimos propietarios.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo

que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviere absorbido por otras.

Reclámese del Instructor, debidamente cumplimentada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Así, por esta sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo".

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por los acusados J. y J.P., 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 dicho recurso.

CUARTO

El recurso interpuesto por la representación de los acusados J. y J.P., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Se funda en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse infringido los artículos 131, 132 y 133 del Código Penal por falta de aplicación. Segundo.- Se funda en el artículo 24 de la Constitución. Dicho artículo reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, no pudiendo ocasionarse en ningún caso indefensión.

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, el mismo apoyó expresamente los dos motivos alegados; la Sala admitió a trámite dicho recurso y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 7 de febrero del año 2008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Los dos recurrentes fundan el primer motivo de casación en el núm. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (corriente infracción

de ley) entendiéndose infringidos los artículos 131, 132 y 133 del Código Penal por inaplicación.

1. La esencia de la protesta radica en la desatención del tribunal de instancia al largo período de tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia de esta Sala de casación el 26-12-2001, declarando la nulidad de la de 12 de mayo de 1999, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, a la que se ordenaba el nuevo redactado de la misma con la motivación omitida y la posterior sentencia dictada por la Audiencia en cumplimiento de lo acordado por esta Sala, que tuvo lugar el 12 de julio de 2007.

Aunque los recurrentes aducen la prescripción del delito y de la pena conjuntamente, es claro que la prescripción de la pena sólo pueden plantearla a prevención o subsidiariamente para caso de que no se entendiera realmente prescrito el delito.

En el desarrollo argumental se refieren a los delitos por los que fueron condenados tanto en la primera sentencia como en la segunda, ambas del mismo tribunal provincial, haciendo notar los límites temporales de las distintas penas previstas para los delitos que se estiman cometidos (artículo 244.1 y 2; 237 en relación al 241, 1º y 2º del Código Penal) así como de la falta incidental por la que también fueron enjuiciados (artículo 623-1 del Código Penal); y realizando el cómputo correspondiente, en base a los términos de prescripción establecidos en el artículo 131 del Código Penal, resulta que todos los referidos delitos se hallarían prescritos.

2. Antes de pronunciarnos sobre la cuestión planteada es necesario perfilar los hechos ocurridos en el devenir procedimental y los preceptos aplicables, por si la paralización de la causa y el lapso de tiempo de dicha paralización cumplían con las previsiones del Código Penal (artículo 131 y 132) para declarar extinguida la responsabilidad criminal (artículo 130.6 del Código Penal).

Habíamos dicho que la sentencia de la Audiencia de Valencia de 12 de mayo de 1999 (hechos ocurridos en el año 1997) fue objeto de un recurso de casación, resuelto por la sentencia de esta Sala núm. 2505 de 26 de diciembre de 2001, en la que se declaraba la nulidad de la impugnada por falta de motivación de la misma. Este Tribunal de casación acuerda la devolución de la causa al de origen para que por los mismos Magistrados y sin nueva vista se procediera al dictado de nueva sentencia acorde con

las exigencias constitucionales (artículo 120-3, 24-1º y 9-3 de la Constitución Española).

Es a partir de este momento -como relata el Fiscal- cuando empieza lo imprevisible, pues prácticamente desde el dictado de tal sentencia del Tribunal Supremo no se ha hecho nada en la causa. Solamente consta en el rollo de la Audiencia que con fecha 29-01-2002 el Tribunal Supremo adjuntó certificación de la sentencia que resolvía el recurso, al tiempo que devolvía los autos del procedimiento abreviado. Tras ese oficio existe una providencia de la Sección Primera, datada el 13 de febrero de 2002, en la que se da por recibido el testimonio de la resolución que resolvía el recurso y se traslada a la señora Magistrada ponente para que dicte la resolución que proceda. Con la misma fecha, 13 de febrero de 2002, se comunicó al Tribunal Supremo la recepción de los autos y de la resolución que resolvía el recurso, y desde esa data no existe nada en los autos hasta que aparece una suerte de diligencia fechada el 12 de junio de 2007, en la que la Magistrada ponente advierte la pendencia del recurso penal por haber hallado extraviados los autos tras el armario del despacho.

De acuerdo con lo expuesto es incontestable que transcurrieron más de 5 años con absoluta paralización del procedimiento, por causas sólo imputables a la administración de justicia. Advertido el desafuero, la Sección Primera de la Audiencia Provincial dictó sentencia con fecha 12 de junio de 2007, en la que manteniendo los antecedentes de hecho, hechos probados y fallo de la primitiva de 12-05-1999, corrigió su falta de motivación ampliando el fundamento jurídico primero con puntual y expresa referencia a las pruebas de cargo hábiles que enervaban la presunción de inocencia.

3. Antes de comprobar la efectiva producción de la prescripción hemos de poner de manifiesto algunas notas características del instituto prescriptivo proclamadas reiteradamente por la doctrina de esta Sala.

La alegación de esta causa extintiva de la responsabilidad criminal puede hacerse en cualquier momento del proceso e incluso el tribunal, sin alegación alguna, puede perfectamente examinarla de oficio, dado su carácter de orden público y de interés general.

La institución posee una naturaleza predominantemente material o de derecho sustantivo, ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria, caracterizada por la renuncia del Estado al *ius puniendi*, dada la imposibilidad de que el castigo cumpla las finalidades de prevención

social. El principio de intervención mínima y de innecesariedad de la pena excluyen cualquier sanción intempestiva, que resultaría contradictoria con los fines de la misma de imposible cumplimiento dado el tiempo transcurrido.

A su vez y sobre las condiciones que debe reunir la interrupción de la prescripción esta Sala ha venido estableciendo una doctrina, favorecedora de la posición del reo, y en este sentido se dice que sólo puede ser interrumpido el término prescriptivo, conforme al artículo 132-2 del Código Penal, por actos procesales dotados de auténtico contenido material o sustancial, entendiéndose por tales los que implican efectiva prosecución del procedimiento, haciendo patente que el proceso avanza y se amplía consumiéndose las distintas fases o etapas. Consecuentemente carecen de virtualidad interruptiva las diligencias banales, inocuas o de mero trámite que no afecten al curso del procedimiento.

4. En cuanto a la posibilidad de estimar la prescripción del delito después de una sentencia definitiva pero carente de firmeza no ofrece dudas, según tiene afirmado esta Sala (véanse por todas Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1146 de 22-11-2006), precisamente porque el concepto de procedimiento a que hace mención el artículo 132 del Código Penal apunta como límite final a la firmeza de la sentencia, así que resultará plenamente posible estimar dicha prescripción en caso de paralización del procedimiento acontecida antes de dictada la sentencia definitiva o entre el dictado de ésta y el pronunciamiento de la sentencia firme que concluye el proceso, sin perjuicio de su ejecución.

En nuestro caso la sentencia de esta Sala, ya citada de 26-12-2001, al declarar nula la dictada por la Audiencia, creó una situación, al retrotraer las actuaciones, según la cual nos hallamos ante un proceso penal sin sentencia. Huelga, pues, hablar de prescripción de la pena.

Partiendo, pues, de que la paralización del procedimiento se extendió mas de 5 años y comprobado que las penas previstas en los preceptos aplicados en abstracto (artículos 244, 1º y 2º; 237, 242-1º y 2º y 623-1º del Código Penal) no exceden de 5 años la prescripción se habría producido, ya se aplique el artículo 131 del Código Penal en relación al 33, antes de la reforma aprobada por Ley Orgánica núm. 15 de 25-11-2003, o después de ella. En efecto, antes de esta última modificación la prescripción de los delitos en lo que aquí interesa se producía:

a) a los diez años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez.

b) a los cinco años los restantes delitos graves. Se consideran graves los castigados con penas superiores a prisión de tres años (artículo 33-2º a.).

c) a los 3 años los delitos menos graves. Se consideran menos graves los castigados con penas de tres meses a tres años (núm. 33.3. a.).

Con posterioridad a la reforma antes indicada la situación no varía esencialmente (más bien resultaría perjudicial para el reo), lo que impediría la retroactividad.

Así, el cuadro de los términos prescriptivos, quedaría ahora del siguiente modo:

a) a los 10 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

b) a los cinco años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de 3 años y que no exceda de 5.

c) a los tres años los restantes delitos menos graves. Penas menos graves son la prisión de tres meses hasta cinco años (artículo 33.3. a.).

Desde el punto de vista de la pena abstracta señalada a los delitos enjuiciados resulta lo siguiente, conforme al Código vigente en el momento de la comisión de los hechos (las reformas posteriores no benefician al reo en orden a la prescripción):

-dos delitos de robo con intimidación en las personas y uso de instrumento peligroso (artículo 237, 242. 1º y 2º del Código Penal). Pena de 3 años y 6 meses a 5 años.

-un delito de robo de uso de vehículos de motor (artículo 244.1 y 2 del Código Penal). Pena 18 a 24 arrestos de fin de semana y de 5 meses y 15 días a 8 meses de multa.

-una falta de hurto (artículo 623.1). Pena: 2 a 6 fines de semana de arresto o multa de 1 a 2 meses.

El plazo prescriptivo es de 5 años para los dos delitos del artículo 242; 3 años para el delito del artículo 244 y 6 meses para la falta, lo que conlleva que todas las infracciones estén prescritas, dado que el plazo interruptivo superó los 5 años. El dies a quo vendría representado por la fecha inicial de paralización del procedimiento que coincidiría con la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2001, y ello aunque computáramos las

resoluciones de contenido no sustancial (sólo a efectos dialécticos) dictados por la Sección 1ª de Valencia que tampoco bajarían el plazo de paralización de 5 años, y el dies ad quem vendría representado por la sentencia que ahora se recurre de 12 de junio de 2007, entre cuyas fechas transcurrió un plazo de 5 años y casi 6 meses. En definitiva, todas las infracciones habrían prescrito.

5. Resuelto ya el motivo procede hacer ciertas consideraciones, apuntadas por el Ministerio Fiscal, resultado de la situación procesal provocada.

En primer término los efectos favorables de la prescripción deberán extenderse, de conformidad al artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al condenado en la instancia que no recurre en casación, en cuanto el título de imputación fue único y la causa extintiva de la responsabilidad es objetiva y debe repercutir en el mismo.

En el plano de lo anecdótico, constituyen posibles discordancias consecuencia del anacronismo de la sentencia recurrida, ciertas situaciones que debieron haberse resuelto en el momento de dictar la segunda sentencia. Así, anulada la sentencia de instancia por esta Sala y siendo uno de los acusados menor en la fecha de comisión de los hechos (17 años), publicada que fue la Ley Orgánica de responsabilidad del menor 5/2000 de 12 de enero y la Ley Orgánica 7 de 22 de diciembre de 2000 reformadora de la primera, debió la Sala deducir testimonio para remitirlo al Fiscal, al objeto de exigirle la responsabilidad penal ante un Juzgado de menores (Disposición Transitoria Única, punto 6º. Ley Orgánica 5/2000).

Por otro lado, también durante el intervalo de paralización se eliminó del catálogo de penas el arresto de fin de semana previsto para el robo de uso, consecuencia de la reforma producida por Ley Orgánica 15/2003 de 25-11 que entró en vigor el 1 de octubre del año siguiente. Quizás el tribunal de instancia debió optar por las penas alternativas subsistentes o proceder a su sustitución de conformidad al artículo 88 del Código Penal.

Por último, hallándonos ante delitos cuyas penas no excedían de cinco años, la Ley Orgánica 15/2003 modificó los límites de las menos graves, que afectaron a la competencia para el enjuiciamiento de los delitos, atribuyéndola ahora a los Juzgados de lo Penal, lo que se culminó con la modificación del art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 1/2004. En este caso a pesar del cambio competencial sobrevenido, la irretroactividad del "ius superveniens" adjetivo o procesal

hubiera permitido el mantenimiento de la competencia de la Audiencia Provincial que empezó a conocer.

Los supuestos examinados oportunamente citados y valorados por el Fiscal deben insertarse en el apartado de los "obiter dicta" al convertirse en indiferentes ante la absolución que debe decretarse por extinción de la responsabilidad criminal (artículo 130.6 del Código Penal).

SEGUNDO

Estimado el primer motivo carece de interés y sentido el análisis del segundo. Las costas se declaran de oficio según dispone el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Conforme a la petición o sugerencia del Fiscal, debe librarse testimonio de esta sentencia para su remisión al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, a los efectos procedentes.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de los acusados J. y J. P., por estimación del primero de los motivos alegados y sin necesidad de examinar el segundo por innecesario, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, con fecha doce de junio de dos mil siete, con declaración de oficio de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de febrero de dos mil ocho.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Catarroja con el número 13/1998, y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, contra los acusados J., J.P., y C.J. hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha doce de junio de dos mil siete, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con el motivo que se estima.

SEGUNDO

Al haber prescrito todos los delitos por los que se condenaba, procede decretar la absolución de los recurrentes por extinción de la responsabilidad criminal (artículo 130.6 del Código Penal), absolución que deberá alcanzar al tercer condenado no recurrente.

III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a los recurrentes J. y J.P., de todos los delitos de que se les acusaba, con todas las consecuencias favorables, alzándose cuantas trabas y embargos se hubieran podido constituir, pronunciamiento que debe extenderse en su integridad y con los mismos efectos al condenado no recurrente C.J.

6.- SENTENCIA 291/2008 DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 12/05/08

Concurso de delitos.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 27-6-2007 dictada por la Audiencia

Provincial de Barcelona casándola y anulándola en el sentido de condenar al acusado.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de mayo de dos mil ocho.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la representación legal del acusado C.F., contra Sentencia núm. 499/2007, de 27 de junio de 2007 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 12.719/2006 dimanante del P.A. núm. 73/06 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cerdanyola del Vallés, seguido por delitos de falsedad y estafa y falta de hurto contra C.F. y S.; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia de uno de ellos; siendo partes recurrentes el Ministerio Fiscal y el acusado representado por Procuradora de los Tribunales y defendido por Letrado.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cerdanyola del Vallés incoó P.A. núm. 73/2006 por delitos de falsedad y estafa y falta de hurto contra C.F. y S., y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 27 de junio de 2007, dictó Sentencia núm. 499/2007 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"C.F. y S., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, del interior de un camión, estacionado en Cerdanyola del Vallés, cogieron un talonario de cheques correspondiente a una cuenta corriente de la Caixa de Catalunya, una navaja y una calculadora, aprovechando que la puerta del vehículo estaba cerrada sin la llave. Puestos aquellos de acuerdo, rellenaron ella dos cheques, para pagar al portador por importe de 300 euros cada uno, consignando una firma en el espacio reservado para que lo haga el librador, que no coincidía con la del titular, consiguiendo que les fuera abonado uno de ellos por dicho importe en la sucursal de la calle Sant

Ramón de las referidas población y entidad. Ese mismo día acudieron a la sucursal de la Caixa del Penedés de la calle Sant Casimir de Cerdanyola del Vallés, donde ella ingresó uno de aquellos cheques por importe de 300 euros en la cuenta corriente de la que era titular, y seguidamente se desplazaron a la sucursal de la Caixa de Catalunya en la misma calle, donde el relleno un cheque del talonario expresado, consignando el importe de 300 euros y firmando en el espacio reservado al librador."

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos a C.F. y S. como autores criminalmente responsables de un delito de falsedad con documento mercantil y un delito continuado de estafa, así como una falta de hurto, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: para cada acusado un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de nueve meses con una cuota diaria de dos euros -con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas en el término de un mes que al efecto, se les concederá y hecha excusión de sus bienes- por cada uno de los dos delitos. Por la falta y también a cada uno de los acusados, una pena de multa de un mes con una cuota diaria de dos euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación por cada dos cuotas impagadas en el término de un mes que al efecto se les concederá, y una vez hecha excusión de sus bienes imponiéndoles las costas procesales por mitad, así como la obligación de indemnizar conjunta y solidariamente a Caixa de Catalunya con 300 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de esta resolución hasta su total pago."

TERCERO

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

CUARTO

El recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal (delito continuado) al delito de falsedad por el que se condena a los acusados.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado C.F., se basó en los siguientes Motivos de casación:

1º.- Primer motivo de casación por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran a juicio de esta representación la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

2º.- Segundo motivo de casación por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran a juicio de esta representación la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

3º.- Tercer motivo de casación por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 248.1 en relación con el artículo 74 y 623.4 del Código Penal.

4º.- Cuarto motivo de casación por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley Rituaria Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

5º.- Quinto motivo de casación por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley Rituaria Criminal, por vulneración del principio de intervención mínima implícito en el artículo 25.1 de la Constitución Española.

QUINTO

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo quedando los autos conclusos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 29 de abril de 2008, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, condenó a C.F. y a S. como autores criminalmente responsables de un delito de falsedad en documento mercantil y otro delito continuado de estafa, así como por una falta de hurto, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial se ha formalizado recurso de casación tanto por la representación procesal del acusado C.F., se aquieta la coacusada S., como por el Ministerio Fiscal.

Recurso de C.F.

SEGUNDO

Comenzaremos por dar contestación al motivo cuarto, formalizado al amparo de lo autorizado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el que se denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia.

Se queja el recurrente de que la Sala sentenciadora de instancia no ha tenido en consideración otras manifestaciones probatorias que la mera denuncia del perjudicado, quien declaró que el talonario lo tenía en la cabina del camión y desapareció mientras llevaba a cabo una operación de descarga. Y también se queja de que la sentencia recurrida no motiva suficientemente los aspectos fácticos de los hechos que declara probados, lo que incide más en el ámbito propio de la tutela judicial efectiva, que estrictamente en el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Pues, bien, aunque es cierto que los jueces "a quibus" debieron ser mucho más explícitos en la explicación fáctica de su convicción judicial, no se encuentra totalmente ausente de un mínimo discurso valorativo acerca del cuadro probatorio que se produce ante ellos en el plenario. Concretamente, se analizan las declaraciones de dos testigos, más las propias de los dos acusados, y la documental obrante en autos. Se descarta la versión de que el talonario se lo encontraron accidentalmente en la calle, y sobre todo, ha de valorarse el hecho de que, una vez firmados varios

cheques del mismo, unos se intentan cobrar por ventanilla bancaria, haciéndose pasar por sus legítimos tenedores (que es calificado como un delito continuado de estafa) y en ocasiones se intentan endosar en sus cuentas privadas, con el propio ardid. En suma, no existe vulneración alguna de la presunción de inocencia, pues es un hecho concluyente que los acusados aparecen en poder de un talonario que no les corresponde y una vez firmado (con falsedad de una firma que tampoco les corresponde), lo intentan endosar en sus cuentas particulares. Se desestima el motivo.

TERCERO

En el motivo quinto, formalizado también por vulneración constitucional, el recurrente denuncia la "vulneración del principio de intervención mínima implícito en el artículo 25.1 de la Constitución Española".

El motivo carece de cualquier fundamento dogmático y debe ser desestimado. En efecto, se invoca en su desarrollo que "... el derecho penal no tiene por cometido el de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos", no sabemos si queriendo el recurrente dejar impune la conducta sancionada de falsificar cheques mediante el dictado de firmas falsas, so pretexto del escaso peligro de tal comportamiento, pues "... el bien jurídico -afirma el recurrente-, no son los intereses particulares de los directamente afectados por el contenido del documento falso, sino los intereses generales encarnados por la seguridad del tráfico y la fe pública depositada de los instrumentos públicos, oficiales o de comercio". Ignoramos la prioridad que concede a ambos bienes jurídicos el autor del recurso. Pero lo que es cierto, sin embargo, es que, ni el aludido principio de intervención mínima resulta ineludiblemente del artículo 25 de nuestra Carta Magna, equivalente a escasa o pequeña extensión de la intervención del derecho penal, sino más bien otro de intervención necesaria o imprescindible, última ratio del derecho penal, que concede razón de ser al carácter fragmentario del derecho punitivo, que no es exactamente lo mismo que mínimo, en el sentido de escaso.

El motivo, en consecuencia, no puede prosperar.

CUARTO

El motivo primero, se viabiliza por el artículo 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El formato de este precepto requiere que se invoque un documento literosuficiente como causante del error apreciativo de la Sala sentenciadora de instancia. Nada de ello se hace en el desa-

rollo del motivo, que se distrae en comentarios jurídicos, que no entran en este cauce impugnativo, sobre las firmas extendidas en el cheque, como medio necesario de su integración, para el pretendido cobro del efecto cambiario. Ciertamente, no se hace recaer la causalidad del delito en la ficticia apariencia de lo que no es propio, como cierto, sino que el acento se pone en que la superchería de una firma en cheque en blanco y ajeno, debió ser inmediatamente corregido por los empleados bancarios, los cuales, una vez advertida la falsedad y el intento de estafa, no nos dice el autor del recurso, qué hubieron de hacer, salvo lo que se produjo, la denuncia inmediata. En definitiva, como ya hemos dicho en otras ocasiones, no puede hacerse responsable del delito a la víctima, por mayor o menor diligencia que ponga ésta.

Del propio modo, hemos de rechazar también el motivo segundo, que por igual cauce impugnativo, vuelve a invocar la teoría del engaño bastante, y ello porque el importe de 300 euros, que fueron cobrados en ventanilla por S., son reclamados por la entidad bancaria Caixa Catalunya, y no por el poseedor del talonario, de lo que deduce el recurrente que "de este simple hecho se infiere que la propia entidad admite abiertamente y desde el primer instante de esta causa la culpa de uno de sus empleados al proceder al pago de la referida cantidad sin efectuar las comprobaciones rutinarias y oportunas".

Este argumento no puede prosperar. Si lo reclama la entidad bancaria, es porque ha satisfecho a su cliente el importe del cheque falso que se pagó en su oficina, fuese o no su culpa, pero que impide pueda desplazarse a su esfera de actuación, el delito: la imitación de una firma en un cheque ajeno. En eso consiste precisamente el delito de estafa: en provocar un error en otro, mediante una maniobra artificiosa y engañosa, que produce un desplazamiento patrimonial en perjuicio del mismo o de un tercero. En el caso enjuiciado, el perjudicado es el tercero, el cliente, pero el engañado lo es la entidad bancaria, de lo que se colige que, para reparar el daño causado, reponga a su cliente el efectivo dispuesto y se dirija frente al culpable de la maniobra engañosa, que no es otro que el autor del delito. Señalar que el culpable es la entidad bancaria del delito sufrido es distorsionar, ciertamente, la realidad jurídica de las cosas.

El engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito. Es cierto que en casos de

negocios especulativos o de alto riesgo, los controles de auto-protección son mayores y, correlativamente, la capacidad de engaño disminuye, suponiendo ello que las barreras protectoras del derecho penal no pueden ser activadas en función de las características del negocio jurídico en sí mismo considerado.

Pero, como ya hemos declarado en otras ocasiones (véase al respecto la Sentencia 229/2007, de 22 de marzo), no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél. Es decir, que existen muchas ocasiones en que la propia dinámica de los hechos, pero sobre todo, el plan del autor, concibe de manera anticipada una cierta predisposición de la que será precisamente víctima, al aprovechamiento o postura ambiciosa con lo que se le presenta como aparente, de modo que este comportamiento es parte del ardid del estafador para conseguir el desplazamiento patrimonial, confiado en que será la víctima quien, guiada por su ambición, realice los actos conducentes a conseguir tal desplazamiento. Este mecanismo no neutraliza el engaño del estafador, ni impide su comisión, porque el engaño, que debe ser bastante, en tanto que existente para conseguir el fin, debe ser apreciado desde la perspectiva del que lo despliega, no de quien lo sufre, aunque éste, guiado por otros móviles, pretenda, a su vez, un aparente enriquecimiento patrimonial (que cree encontrar en lo que se presenta como escenario del delito), y que no es más que un subterfugio previamente creado por el estafador, como elemento adicional de su engaño, y del que se vale para orquestar su trama criminal.

Esto es lo que ocurre en el caso de autos. Los autores del hecho han desplegado toda la conducta que lleva al engaño (cheque librado y firmado falsamente por el tomador), y han acudido al banco librado para cobrarlo, más no pueden hacer, poco importa para la comisión del delito que los empleados bancarios, confiados en la escasa cantidad del cheque, paguen de forma inmediata el efecto, pues el delito no está en tal comportamiento, sino en la actividad de los autores, que ponen en escena el engaño.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO

Por el motivo tercero, formalizado por estricta infracción de Ley del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el

recurrente considera que, conforme a los hechos declarados probados, los acusados únicamente consiguieron la cantidad de 300 euros, por lo que, a lo sumo, debieron ser sancionados como autores de una falta de estafa.

El motivo tiene que ser estimado. Del relato fáctico resulta que los acusados, puestos de común acuerdo, rellenaron tres cheques por importe nominal de 300 € cada uno de ellos: uno fue hecho efectivo mediante su pago en metálico, y los otros dos, tras un infructuoso endoso o bien el intento de cobro en ventanilla, resultaron frustrados. La sentencia recurrida declara tal conjunto como constitutivo de un delito continuado de estafa, es verdad que sin llevar a cabo un planteamiento técnico de la cuestión. Pero hemos de convenir que dos hechos criminales considerados como tentativas de falta, junto a otra falta más, ésta consumada, no pueden convertir al conjunto resultante en delito, como si se tratase de tres faltas consumadas, en virtud del acuerdo de esta Sala Casacional de 27 de marzo de 1998, que lo consideró delito, si bien generalmente como un delito simple, no continuado, para no agravar dos veces la penalidad, pues la realidad es que en nuestro sistema jurídico (a diferencia de otros de nuestro entorno), las infracciones intentadas son de menor entidad, y se castigan consiguientemente con menor pena, que las infracciones consumadas. Si nuestro Acuerdo tuvo en consideración la conjunción de faltas para elevarlas a la categoría de delito, no puede hacerse del propio modo con las infracciones no consumadas, por razones de proporcionalidad. Además, del propio texto del Acuerdo se infiere esta interpretación, en tanto que se refiere al "total sustraído", que se compadece mejor con faltas consumadas, que meramente intentadas, como aquí ocurre.

Individualizaremos la pena aplicable en segunda sentencia que ha de dictarse, motivo que aprovechará a ambos acusados (artículo 903 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)

Recurso del Ministerio Fiscal

SEXTO

En un único motivo de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal denuncia la indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal, en cuanto al delito de falsedad por el que se condena a los acusados.

Como se dice en el recurso, la sentencia recurrida afirma que el proceder de los acusados, que consiste en rellenar actuando de común acuerdo

primeramente dos cheques y librarlos al portador, consignando una firma en el espacio del librador, para acudir posteriormente a sendas entidades bancarias, consiguiendo el abono de uno de los cheques así falsificado, y más tarde, rellenar un tercer cheque, del propio modo que los anteriores, dirigiéndose a intentar su cobro, siendo detenidos, constituye un único delito de falsedad y no una entidad criminal continuada, definida en el artículo 74 del Código Penal, pues -dicen los jueces a quibus- "cierto es que ambos acusados estamparon una firma ficticia en más de un documento, pero no es menos cierto que lo hicieron como si de un solo acto se tratara y con una misma finalidad: facilitar el engaño en los empleados bancarios que produciría en su beneficio un desplazamiento patrimonial. La unidad de acción, tiempo de realización y de finalidad de la misma, lleva a la Sala a creer que se trata de una sola figura delictiva que engloba las diversas falsedades documentales, y que por tanto, no merecen éstos el tratamiento previsto en el artículo 74 del Código Penal..."

Ignora esta posición la llamada teoría normativa de la acción. En efecto, hecho naturalístico y hecho jurídico no han de coincidir necesariamente. Las realidades fácticas son apreciadas por el derecho penal de forma que se individualiza la conducta del autor para subsumirla en la norma, bajo los parámetros de ésta, y no del hecho natural, para el que el ordenamiento jurídico establece sus conclusiones. Dicho de otra manera: no se comete un solo delito porque las falsedades documentales se realicen sucesivamente, una tras de otra, en un lapso temporal más o menos prolongado. Quien de esa forma falsea, una tras otra, sin solución de continuidad (diríamos, sin levantar mano), las firmas de un acepto en cien letras de cambio, no comete un delito de falsedad en documento cambiario, como parecen ver los jueces "a quibus", sino un concurso real de cien delitos, que en virtud del mecanismo previsto en nuestro derecho penal en el artículo 74 del Código Penal, se convierte en un delito continuado de falsedad documental (que no es más que la manera de solucionar punitivamente un concurso real, cuando se cumplen los requisitos del mismo).

Así lo hemos declarado ya reiteradamente. Nuestra Sentencia del Tribunal Supremo 566/2006, de 9 de mayo, ya dejó sentada la siguiente doctrina: "... respecto a (...) la falsedad documental, se trata de dos letras de cambio distintas, con dos fechas de libramiento diferentes, vencimientos diversos y con entregas sucesivas, según declaró con valor fáctico el Tribunal en el fundamento jurídico primero, de modo que la teoría del concepto normativo de acción impide que, superados los meros efectos

naturalísticos de las acciones humanas, pueda calificarse de una unidad natural de acción, que no resulta del relato fáctico, y que se corresponde con la falsificación de varios documentos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara de miles de firmas falsas seguidas (por ejemplo, un talonario correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario). El concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la Ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción natural era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona), es el resultado de un solo delito de lesiones. Y no solamente por tratarse de bienes eminentemente personales, conforme ordena el artículo 74.3 del Código Penal, para impedir la continuidad delictiva, sino por el propio concepto normativo de acción. En el plano que afecta a los delitos patrimoniales, cada una de las sustracciones llevadas a cabo en lugares distintos (afectando a distintos bienes jurídicos y preceptos infringidos), encajan normativamente como continuidad delictiva, si existe una pluralidad de actos y unidad de plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Al revés, no ocurre lo propio: los distintos apoderamientos sucesivos en una misma casa o establecimiento mercantil, llevados a cabo en una unidad de tiempo, aunque se trate de múltiples actos en las distintas dependencias de aquéllos, no constituirán más que un solo delito de robo o hurto, no un delito continuado de dicha especie. En suma, la teoría acerca del concepto normativo de acción resuelve más adecuadamente los concursos delictivos que la simple apreciación de lo sucedido naturalísticamente".

En consecuencia, las falsedades cometidas en los cheques sustraídos que lo han sido bajo una unidad de acción, norma infringida, propósito, modus operandi y bien jurídico protegido, han de ser consideradas un delito continuado, pues se ha infringido en tres ocasiones el artículo 392,

en relación con el artículo 390.1.1º y 74 del Código Penal, dando la razón al Ministerio Fiscal recurrente, imponiéndose la oportuna penalidad en la segunda sentencia que ha de dictarse.

SÉPTIMO

Las costas se declaran de oficio, al proceder la estimación de ambos recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la representación legal del acusado C.F., contra Sentencia núm. 499/2007, de 27 de junio de 2007 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de mayo de dos mil ocho.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cerdanyola del Vallés incoó P.A. núm. 737/2006 por delitos de falsedad y estafa y falta de hurto contra C.F., y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 27 de junio de 2007 dictó Sentencia núm. 499/2007, la cual fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por la representación legal del acusado C.F., y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

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

SEGUNDO

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver del delito de estafa y condenar a C.F. y a S. como autores de una falta continuada de hurto, con multa de dos meses, con determinación de una cuota diaria de dos euros, que es precisamente la utilizada por la Sala sentenciadora de instancia, con los efectos inherentes a su incumplimiento dispuestos en el artículo 53.1 del Código Penal, y con respecto al delito de falsedad documental continuado (artículos 392 y 74 del Código Penal), se les impone, a cada uno de ellos, la mínima que lo es de un año y nueve meses de prisión más multa de nueve meses, por igual determinación de cuota diaria de la multa y efectos inherentes a su incumplimiento. La multa relativa a la sustracción del talonario, no ha sido impugnada por los recurrentes, y en consecuencia, no se modifica, manteniéndose el fallo de instancia en esta materia.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a C.F. y a S., como autores criminalmente responsables de un delito continuado de falsedad documental, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena, a cada uno de ellos, de un año y nueve meses de prisión más multa de nueve meses, con determinación de una cuota diaria de dos euros, juntamente a los efectos inherentes a su incumplimiento dispuestos en el artículo 53.1 del Código Penal; y debemos absolverles de un delito

continuado de estafa de que eran acusados, y ser condenados por una falta continuada de hurto, a la pena, a cada uno de ellos, de multa de dos meses, con determinación de una cuota diaria de dos euros y los propios efectos ya dispuestos respecto a su incumplimiento. Y se dan por reproducidos los demás extremos del fallo de instancia, incluida la indemnización civil y las costas procesales.

7.- SENTENCIA 875/2008 DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 17/12/08

Tráfico de drogas.

El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, con fecha 13-11-2007, en causa seguida contra la recurrente por un delito contra la salud pública, reduciendo la pena.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil ocho.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la procesada M., representada por Procurador, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, con fecha 13 de noviembre de 2007, que la condenó por un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Almería, instruyó Sumario nº 19/2006, contra E. y M., por un delito contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, que con fecha 13 de noviembre de 2007, en el rollo nº 38/2006, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"La procesada E. -mayor de edad y sin antecedentes penales- el día 12 de Junio de 2005 llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas, procedente de Perú, portando en su cuerpo 88 cápsulas de una sustancia que, ulteriormente analizada, resultó ser cocaína; sustancia que, por encargo de terceros no identificados, había ingerido en aquél país sudamericano con la intención de introducirla en España a cambio de una cantidad próxima a 3.5000 dólares USA.- Con la citada finalidad, al llegar al aeropuerto, en la madrugada del día señalado, fue recogida en el citado aeropuerto por la también procesada M. -mayor de edad y sin antecedentes penales- quien, conectora del ilícito transporte, era la encargada de desplazar a E. desde Madrid, donde ella vivía, a la ciudad de Almería, lugar en el que la droga debía ser entregada a otra persona no identificada.- A tal fin, una vez juntas ambas procesadas, se desplazaron al domicilio de M., en Madrid, desde donde, tras descansar y expulsar E. parte de las cápsulas, que se introdujeron ambas en la vagina, se dirigieron ese mismo día hacia Almería, en tren y desde la estación de Atocha, haciéndolo en compañía de dos hijos de M., uno de ellos de corta edad, y la novia del otro, mayor de edad, desconociendo éstos el objeto del viaje de aquella que les propuso desplazarse con ella y con E., a la que no conocían, para pasar unos días de vacaciones en Almería, a donde llegaron la noche del 12.- Una vez en Almería, ya al día siguiente, ambas procesadas fueron detenidas por agentes del Cuerpo Nacional de Policía cuando, junto a sus acompañantes, se encontraban en el vestíbulo del Hotel Embajador, sito en el nº 4 de la calle Calzada de Castro, donde se habían alojado la noche de su llegada; interviniéndoseles 48 cápsulas conteniendo cocaína, 1471 dólares USA, y 4 teléfonos móviles y varias mochilas con efectos personales.- En el momento de practicarse la detención, se dio a la fuga un individuo no identificado que iba a recoger a las procesadas, y al que, según éstas, debían entregar la droga que portaban.- Posteriormente a la detención, la procesada Elena expulsó de su organismo el resto de la cápsulas ingeridas, que se sumaron un total de 88, con un peso neto de 1.044'44 gramos de cocaína y un índice de pureza del 72'237 en primer análisis y del 89'36%, en un segundo.- La sustancia intervenida habría alcanzado un valor mínimo de 85.588 euros".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a las acusadas M. y E. , como autoras penalmente responsables de un

delito, ya definido, Contra la Salud Pública, por tenencia, para el tráfico, de sustancias que causan grave daño a la salud, a las siguientes penas:- A M. , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y MULTA de 350.000 euros; y -A E. , igualmente sin la concurrencia de circunstancia modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y MULTA de 300.000 euros.- Se condena, también, a ambas acusadas, al pago, por mitad, de las COSTAS procesales causadas.- Se acuerda el COMISO del dinero y teléfonos móviles intervenidos, que se adjudicarán, firme que sea la presente resolución, al Estado, con destino al Fondo de Bienes Decomisados, de la Ley 17/03 de 29 de mayo.- Asimismo, firme que sea esta sentencia, procédase a la DESTRUCCIÓN definitiva de la droga incautada, y comuníquese a la Dirección de la Seguridad del Estado-".

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por M., 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 de la recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 369.6º.

2º.- Al amparo del artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley por aplicación indebida de la agravación del nº 10 del artículo 369 del Código Penal.

3º.- Al amparo del artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infracción de ley por no aplicación de la atenuante sexta del artículo 21 del Código Penal y del artículo 376 del Código Penal.

4º.- Al amparo del artículo 850.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma por denegación de una prueba.

5°.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

QUINTO

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

SEXTO

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 3 de diciembre de 2008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Las dudas sobre el resultado pericial de análisis de la sustancia tóxica objeto de tráfico no puede resolverse en perjuicio del reo, ni acudiendo al promedio de diversas analíticas.

En el primero de sus motivos pretende, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se declare mal aplicado a la recurrente el subtipo agravado del artículo 369.1 del Código Penal por no poder afirmarse que era de notoria importancia la droga a que se refiere su comportamiento.

Son antecedentes a considerar para resolver la cuestión así suscitada los siguientes: a) que el hecho probado establece que la cantidad total de droga intervenida ascendía a 1.044,44 gr.; b) que los índices de pureza arrojados por sendos análisis eran de 72.237% y 89.36% respectivamente; c) en sede de fundamentación jurídica reconoce la sentencia que existieron varios informes con diferente resultado en cuanto al citado grado de pureza, diferencias que los peritos explicaron en el juicio oral como tributarios del método de conservación de la muestra objeto de análisis.

Nos encontramos ante un supuesto de duda expresamente proclamado por el Tribunal. Y éste opta por un método de resolución que no podemos compartir. Desprecia el resultado probatorio que sería más favorable al reo y opta por realizar un promedio aritmético de los plurales resultados. Pues bien, tal opción se compadece mal con la garantía constitucional de presunción de inocencia. Porque la medida de ésta ha de coincidir con la que exceda de la desvirtuada por la prueba conforme a cánones de certeza.

Es verdad que, incluso desde el resultado más favorable al reo, la cuantía de droga ocupada excedería, en principio de la pauta de los 750 gramos que hemos decidido establecer en nuestra ya reiterada jurisprudencia, cuando de cocaína se trata.

Pero, si partimos de dicho resultado más favorable, tal exceso es mínimo, ya que lo superaría en poco más de cuatro gramos. Y, siendo ello así, y no descartado un margen de duda, porque la cuantía pericialmente fijada sea tributaria de un dato ajeno a los acusados, como es la forma de conservación de la muestra examinada, habrá de resolverse excluyendo que concurra, con la exigible certeza, la cuantía que merezca, según nuestra jurisprudencia, la calificación de notoria importancia.

Por ello este motivo debe ser estimado. Con las consecuencias respecto de la pena que se justificarán en la sentencia que dictaremos a continuación.

SEGUNDO

No favorece la introducción de droga en territorio nacional desde el extranjero la actuación accesoria limitada al ámbito territorial español por parte de quien no participó de ninguna manera en la organización de la importación.

También solicita en su recurso, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no sea considerada concurrente la agravante 10ª del artículo 369.1 del Código Penal.

El citado precepto establece que el subtipo agravado se estimará cuando el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas.

El hecho probado sitúa el inicio de la participación de la recurrente en un momento en que la droga ya se encuentra en territorio nacional. Y le atribuye a la acusada recurrente el encargo limitado a la acción de desplazar hasta Almería a la persona que introdujo la droga en España, a través del aeropuerto, una vez en éste.

Desde luego tal encargo en nada puede identificarse con la acción de introducir la droga en territorio español, pero la sentencia imputa el subtipo agravado porque la acusada conocía que la persona, a cuyo desplazamiento la recurrente contribuyó ya en territorio nacional, había llevado a cabo dicha introducción.

Ya hemos advertido que se trata, en la norma que nos ocupa, de un supuesto de exacerbación de pena que reclama una interpretación estricta de los supuestos típicos. Así lo dijimos en la Sentencia núm. 575/2008, de 7 de octubre. Incluso llegamos a exigir que el comportamiento del autor suponga un incremento del riesgo que todo acto de tráfico de tóxicos supone. De suerte que sin la posibilidad de distribución resulta excluida no se considera que concurra el subtipo agravado aunque la droga haya sido introducida en territorio nacional.

Y aún cabe añadir ahora que, cuando son varios los sujetos implicados en la compleja actividad del tráfico, cabe considerar a cada uno autor de su respectivo propio hecho típico, y no coautor de un hecho común, ni partícipe de un hecho ajeno, y, por ello debe responder en principio solamente por los actos que integran su comportamiento.

En consecuencia el elemento subjetivo del tipo, que a cada sujeto se imputa, ha de ir referido a su propio comportamiento y no al de otros por más que éstos desplieguen su actividad delictiva en relación al mismo objeto sobre el que actúan los demás.

Y, por otro lado, cuando se trata de tales plurales comportamientos, entre los que alguno de ellos consiste en la introducción de dicha sustancia tóxica en territorio nacional desde el extranjero, cabe imputar las responsabilidades bajo títulos de imputación diferenciados por razón del grado de ejecución del delito.

De lo anterior solamente se ha de diferenciar el excepcional supuesto en que todas las acciones son decididas de consuno, de suerte que a todos los sujetos se les pueda considerar coautores materiales del mismo y único delito.

Así lo hemos dicho en relación a los casos de pacto o acuerdo previo entre proveedores, remitentes o transportistas y receptores bajo cuya premisa a todos hemos considerado poseedores desde el inicio de la droga a que se refiere la acción delictiva. (Sentencia de esta Sala núm. 861/2007, de 24 de octubre). La desvinculación de tal unidad y, correlativamente, la aparición de plurales y sucesivos delitos ocurre cuando, como recuerda esa Sentencia, se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención de alguno de los acusados sólo tuvo lugar después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de las mercancías por sus

originales destinatarios aunque, eso sí: 1º) Sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero y 2º) Sin ser el destinatario de la mercancía.

Ciertamente se añade un requisito 3º) Sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas. Cuando, remitida la droga por correo o cualquier otro sistema de transporte, el acusado hubiese participado en la solicitud, acuerdo u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico"

La concurrencia de ese tercer elemento de la disponibilidad debe entenderse a los solos efectos de excluir la modalidad imperfecta de ejecución. Lo que en este caso no se discute. Pero en modo alguno implica que, concurriendo los demás elementos, se reconduzcan todos los comportamientos a la coautoría de un delito único.

Y la consecuencia no puede ser otra que la intrascendencia del conocimiento que la Sala de instancia erige, erróneamente, en determinante de la coautoría de la recurrente en relación a la total actividad delictiva, como si estimase que la coacusada poseyese la droga, incluso cuando aún se encontraba en el extranjero.

Y no puede decirse que, declarando probado que el servicio de la recurrente fue solicitado por un tercero y que tenía por objeto el traslado de la coacusada, dentro y desde territorio nacional, la recurrente hubiese llevado a cabo acto alguno respecto al transcurrir de la operación de introducción de la droga desde el extranjero en España.

Ni siquiera que sea su actuación -que no participación- la que favorezca aquella introducción. Porque aquella es ajena tanto a pactos previos con la persona que lleva a cabo la introducción, cuanto a la física introducción por ser posterior a la presencia de la droga en territorio nacional.

Por tanto el motivo debe ser estimado con la misma remisión a la segunda sentencia de las consecuencias en relación a la pena que dijimos en el motivo anterior.

TERCERO

No cabe hablar de atenuante analógica cuando la situación juzgada, además de no adecuarse a los presupuestos de las atenuantes genéricas o específicas, implica la falta de requisitos esenciales que excluyen la concurrencia del fundamento de aquellas atenuantes.

El tercer motivo pretende una disminución de la pena por aplicación de la atenuante de reparación del daño, lo que se insta al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 21.6 en relación con los 21.4 y 21.5 y 376 del Código Penal que se estima indebidamente no aplicado.

El cauce elegido obligaba al recurrente al pleno respeto a la declaración de hechos probados. Y aquella no recoge los presupuestos fácticos que reclaman dichos motivos de atenuación de la pena, ni de suerte genérica ni en el precepto específico. Muy al contrario, los fundamentos jurídicos de la recurrida dan cuenta de la exclusión de dichos preceptos como aplicables. Era menester que el recurrente, precisa y solamente mediante documentos demostrase el error de tal ausencia de datos en la declaración de los tenidos por acreditados.

Lo que, por el contrario hace el recurrente es, sin acudir al cauce adecuado, discutir la corrección de las conclusiones del Tribunal de instancia. Particularmente sobre la realidad de la identificación de una persona como destinataria de la droga ocupada.

Por razones de política criminal, diversas de las que fundan las atenuantes de confesión o reparación, el legislador ha conferido a los actos enunciados en el artículo 376 la consecuencia de disminuir la pena en este tipo de delitos.

Pero dicho precepto requiere, para que los actos que describe puedan alcanzar esa eficacia; a) el abandono voluntario de la actividad delictiva, y b) la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción del delito o para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o el desarrollo de organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

En todo caso falta la concurrencia del requisito del abandono voluntario de la actividad delictiva que necesariamente ha de concurrir junto al acto de colaboración. Y ésta, bajo la especie facilitación de prueba decisiva, tampoco concurre pues no ha ido más allá de la facilitación de un nom-

bre, pero no del dato que permitiera inculpar con éxito a la persona así identificada.

Faltan pues dos requisitos esenciales de tal atenuante específica. Y la atenuante analógica prevista en el ordinal 6 del artículo 21 del Código Penal, aún cuando no se circunscriba a supuestos en que la analogía se produce en relación a los demás ordinales del mismo precepto referido a atenuantes genéricas, no puede erigirse en cauce para una suerte de atenuante específica (la del artículo 376) incompleta, si lo que falta es precisamente el requisito básico de aquélla.

Y, en lo que concierne a la supuesta situación análoga a la de confesión de la personal responsabilidad, ya denuncia la sentencia recurrida que la declaración de la recurrente estuvo muy lejos de la franca y llana admisión de hechos de los que tal responsabilidad deriva y como la acusada intentó ocultar datos sobre la cuantía de la droga y el lugar de ocultación corporal de la misma. Lo que no solamente excluye la confesión como atenuante, en ausencia del elemento temporal que la misma requiere para atenuar, sino incluso la analogía pues apenas cabe hablar de admisión de otros datos que los policialmente ay descubiertos.

La delación de un eventual responsable criminalmente, finalmente, no se erige en reparación del daño ocasionado al bien jurídico protegido por el tipo penal imputado. Por lo que el hecho alegado tampoco puede estimarse situación análoga a la de dicha reparación del daño a la salud pública.

Decíamos en nuestra Sentencia de 21 de julio de 2008 que: "Se ha sostenido doctrinalmente, y de ello se hace eco la jurisprudencia, que la circunstancia de análoga significación permite acoger en su subsunción situaciones no incluíbles en el tenor literal de otras circunstancias de atenuación pero que aparecen abarcadas por el fundamento de la atenuación o el objetivo político-criminal de las restantes circunstancias. (Sentencias allí citadas de 22 de febrero de 1988, 8 de junio de 1988 o 8 de junio de 1999)

Como dejamos dicho en el presente caso no concurren méritos para estimar que el comportamiento de la recurrente la haga merecedora de una menor reprobabilidad ni que sus actos deban ser tenidos por actos de menor entidad antijurídica.

Por ello, como también advertíamos en la Sentencia citada de 21 de julio pasado, debemos subrayar la diferencia con otros supuestos en los que la analogía, en casos, aparentemente similares, se aplicó la atenuante

analógica. Así en este caso, a diferencia de lo que ocurría en aquella ocasión, la recurrente, ya penada en menor medida que la coacusada, tampoco facilitó dato que llevase efectivamente a la pena de otra tercera persona. Por eso respecto de la aquí recurrente, el supuesto es más similar al del recurrente en aquella sentencia de 21 de julio pasado, cuyo recurso, con el mismo amparo legislativo que el aquí examinado, fue rechazado.

Esa ha sido la doctrina también expuesta en la Sentencia de 9 de junio de 2008, en cuya ocasión exponíamos: en la Sentencia 544/2007, de 21 de junio, se destaca, como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos y en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (Sentencias del Tribunal Supremo 21.3.97 y 22.6.2001), y asimismo declara que la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas si bien añade que se ha acogido por esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo. 10.3.2004), como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado (Sentencias del Tribunal Supremo, 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99).

Y en la Sentencia 683/2007, de 17 de julio, se declara que en relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 809/2004, de 23 junio y la Sentencia del Tribunal Supremo 1348/2004, de 25 de noviembre.

Por lo antes expresado, en el supuesto que examinamos, ni concurre el elemento cronológico ni esa relevante colaboración a los fines de la justicia o restauración del orden jurídico, por lo que las atenuantes solicitadas no pueden ser apreciadas.

CUARTO

No supone infracción formal ni causa indefensión constitucionalmente relevante la denegación de pruebas irrelevantes.

Los dos últimos motivos realizan una misma protesta: la denegación de prueba constituida por la constatación de la existencia de llamadas entre los teléfonos de las acusadas y la del tercero por ellas identificado como destinatario de la droga. Y ello con un doble alcance. El primero porque eso implicaría la inadmisión de prueba pertinente, lo que supondría un quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El segundo porque además, implica el desconocimiento del derecho fundamental al uso de medios de prueba, lo que daría lugar a la vulneración que justifica la casación al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución Española.

Ambos motivos pueden ser estudiados conjuntamente.

En relación con la denegación de prueba como causa de conculcación de derechos fundamentales, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional solamente confiere tal trascendencia a la eventual infracción si, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2006 de 13 de marzo, concurren dos circunstancias: a) que la denegación e inejecución sea imputable al órgano judicial; b) que la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa, habiendo justificado el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (Sentencias del Tribunal Constitucional 218/1998, de 16 de noviembre, F. 2; 133/2003, de 30 de junio, F. 3).

Desde luego, la prueba a que hace referencia el motivo en modo alguno tenía el alcance de decisiva en términos de defensa.

Por otro lado, aun cuando la parte invoca también el cauce previsto en el artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la denegación de tales medios probatorios sin otro alcance que el de infracción de legalidad ordinaria, tampoco la queja es de recibo.

En efecto, como recordábamos en nuestra Sentencia núm. 838/08, de 12 de diciembre, ese motivo casacional pasa por los siguientes presupuestos y requisitos: a) como presupuesto formal que haya sido propuesto el medio en el tiempo y la forma legalmente exigidos; b) desde el punto de vista material el medio ha de ser pertinente, es decir de contenido relacionado con el objeto del proceso, o, al menos, con el objeto del debate, y necesario, lo que implica que, de prescindirse de él, la decisión carecerá de un elemento de juicio sin el cual, razonablemente, no deba ser adoptada, y no es desde luego necesario el medio cuya práctica sea imposible; c)

además, conforme a los artículos 874 y 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que se haya hecho la oportuna reclamación o protesta, cuya fecha debe ser indicada por el recurrente .

Por lo que concierne a la relevancia ya hemos dicho que la causación de indefensión reconduce esta queja al ámbito del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no resulta imprescindible en este cauce del artículo 850.1º, de tal manera que no debe excluirse la estimación de este motivo en aquellos casos en los que bien puede haberse practicado algún otro medio, particularmente cuando éste lo ha sido a propuesta de otra parte, pues ello no debe frustrar el derecho de toda parte a proponer sus propios medios probatorios, aún cuando no haya ocurrido indefensión de relevancia constitucional.

No obstante el requisito de la necesidad, o funcionalidad para un razonable bagaje argumental de la decisión, presupone que el medio ha de ser relevante, porque lo irrelevante es, en definitiva, innecesario. Esa razonabilidad, es requisito que emplaza para una adecuada ponderación de circunstancias del caso concreto, desde las cuales deben analizarse requisitos como el de necesidad o posibilidad de la práctica de la prueba denegada. Porque exigencias del principio de proporcionalidad pueden hacer justamente inatendible la práctica de un medio de prueba en un caso concreto si atendemos a otros valores de obligada salvaguarda como puede ser el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la prohibición de interferir en determinadas técnicas de investigación, o los derechos de terceros, como ocurre en el caso de menores. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 2008 en el recurso: 1973/2007)

Finalmente, para poder evaluar ya en la casación si la denegación conculca o no los anteriores requisitos venimos exigiendo que el motivo dé cuenta del contenido del medio de que la parte se ha visto privado. Solamente así cabe realizar el control de los parámetros que acabamos de exponer.

Desde estas premisas conceptuales podemos ya analizar los fundamentos del recurrente en relación con este motivo.

La constatación de eventuales llamadas entre los terminales telefónicos del delatado y las delatoras en modo alguno puede considerarse una fuente de prueba decisiva para la imputación de la persona indicada como destinataria de la droga.

Ambos motivos deben ser rechazados.

QUINTO

La parcial estimación del recurso, lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por M., contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, con fecha 13 de noviembre de 2007, en causa seguida contra la misma por un delito contra la salud pública; casando y anulando la citada sentencia en cuanto estima las circunstancias a que se refiere el artículo 370 del Código Penal en cuyo particular la dejamos sin efecto, sin perjuicio de las consecuencias que estableceremos en la sentencia que dictamos a continuación; con declaración de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil ocho.

En la causa rollo nº 38/06 seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería dimanante del Sumario nº 19/06, incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Almería, seguida por un delito contra la salud pública, contra M., vecina de Madrid, y sin antecedentes penales, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 13 de noviembre de 2007, que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

Se modifica la declaración de hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, en el concreto particular de estimar que la cantidad de

droga pura a que se refiere el comportamiento de las acusadas no excede de los 750 gramos, siquiera se aproxima mucho a dicho límite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

Los hechos que se declaran probados, en la forma que dejamos expuesta, constituyen un delito de tráfico de drogas previsto y penado en el artículo 368 sin que concurran méritos para estimar aplicable el 369.1.6ª ó 10ª del Código Penal.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66. 1.6ª del Código Penal, procede, en atención a la importancia de la cantidad efectivamente objeto de tráfico, imponer la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, además de la multa de DOSCIENTOS MIL EUROS, sin que puedan estimarse motivos para imponer penas menores al ser excluidas supuestas causas de atenuación, incluso como analógicas.

Por ello

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a M. como autora del delito ya definido sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN** con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante su cumplimiento y multa de **DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros)**; debiendo pagar la mitad de las costas causadas en la instancia.

En lo demás se confirma la sentencia recurrida.

CAPÍTULO III

ACUMULACIÓN

8.- SENTENCIA 197/2006 DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 28/02/06

Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Doctrina Parot.

PRIMERO

La Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en procedimiento seguido por los trámites del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordó acumular las penas impuestas a H.P.N. en dos grupos, fijando el máximo de cumplimiento respecto a cada uno de dichos grupos en treinta años de prisión, conforme dejamos expuesto en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha formalizado recurso de casación la representación procesal de dicho penado, en un único motivo de contenido casacional, por el cauce autorizado por el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha sido apoyado por el Ministerio fiscal en esta instancia.

SEGUNDO

El argumento esgrimido por la resolución recurrida valora que el período de tiempo de comisión delictiva es tan dilatado (concretamente desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990), que supera con creces todo criterio de conexidad cronológico que pretenda establecerse; por otra parte, mantiene también el auto impugnado que se produce una interrupción entre los hechos cometidos por H.P.N. entre el 16 de abril de 1982 y su reanudación el 21 de noviembre de 1984, de tal modo que tal interrupción permite formar dos bloques de condenas que agruparían todos los delitos cometidos en cada uno de tales bloques, a los que aplica la aludida limitación penológica de treinta años por cada uno de aquéllos, en aplicación de la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, texto refundido de 1973. Admite, sin embargo, la resolución combatida que

todos los delitos por los que ha sido condenado H.P.N., «se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista ETA».

TERCERO

La cuestión debatida gira, pues, en torno a la interpretación que deba conferirse a la forma de cumplimiento de las diversas penas impuestas al mismo sujeto, cuando todas o algunas de las penas correspondientes a la diversas infracciones cometidas no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado (generalmente, penas de la misma especie, y en el supuesto sometido a nuestra revisión casacional, penas de prisión). En efecto, nuestra legislación penal parte del denominado concurso real para la extinción de todas las penas impuestas por cada uno de los delitos cometidos, bajo el principio del cumplimiento simultáneo de todas ellas si fuera posible, y cuando ello no lo fuere, opta por el principio del cumplimiento sucesivo, con ciertas correcciones. Naturalmente, como no es posible el cumplimiento simultáneo de varias penas de prisión a la vez, como es el caso, hemos de interpretar las reglas que acuñan nuestros Códigos penales para disciplinar dicho cumplimiento sucesivo, faceta que abordaremos tanto para determinar el orden de cumplimiento que proceda, como para discernir las limitaciones que, en su caso, correspondan.

Para ello hay que partir de la base de que nuestro derecho penal vigente instaura, como ya hemos anunciado, un sistema de determinación de la pena bajo el concurso real de delitos que se fundamenta en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (artículo 69 Código Penal 1973 y artículo 73 Código Penal 1995); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (artículo 70.1ª Código Penal 1973; artículo 75 Código Penal 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (artículo 70.2ª Código Penal 1973; artículo 76 Código Penal 1995).

Nuestra legislación, y ello es sobradamente conocido, excluye la pena de privación de libertad perpetua, y orienta las penas hacia la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española), proscribiendo expresamente los trabajos forzados. Pero esto no quiere decir que la reinserción social sea el único fin de la pena, sino que ha de armonizarse con otros principios, particularmente el de la prevención especial, que en delitos muy graves se combina también con criterios retributivos de la pena. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el mencionado artículo 25.2 de la Constitución Española no contiene un

derecho fundamental que permita fundamentar un recurso de amparo (últimamente, Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2000), sino que tal precepto contiene un mandato dirigido al legislador y la administración penitenciaria, y en suma, que dicho precepto «no resuelve sobre el mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución Española, ni entre los posibles fines "prevención especial, retribución, reinserción, etc.", ha optado por una concreta función de la pena». En consecuencia, la reinserción social no es el único fin de la pena y, por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 enero), ya declaró que el artículo 25.2 de la Constitución no limita la orientación de la pena a la reinserción, permitiendo la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general.

Por nuestra parte, hemos mantenido que la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las Leyes penales y que justifica su misma existencia legal (Sentencia del Tribunal Supremo 1807/2001, de 30 de octubre). También hemos dicho que «la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente... se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el artículo 1 de la Constitución Española. De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito» (Sentencia del Tribunal Supremo 1919/2001, de 26 de octubre).

Es claro también, que otro principio que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución Española, ni resulta propiamente tampoco de la Ley. En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en

grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor.

En función de esos principios, veamos ahora cómo resuelve nuestro legislador el cumplimiento de las varias penas que hayan sido impuestas a un mismo sujeto. Para ello, el artículo 70 del Código Penal de 1973, que es aquí el aplicable, contiene dos reglas, que serán objeto de clarificación en esta resolución judicial.

La regla primera disciplina el cumplimiento sucesivo de las penas, cuando todas ellas no puedan extinguirse simultáneamente (artículo 69), en cuya imposición (equivalente en este caso, a ejecución), se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible (posibilidad que se relaciona con las limitaciones penológicas que se determinan en la regla segunda de tal precepto), y que han de ejecutarse mediante la siguiente fórmula: a) primeramente, por el orden de su respectiva gravedad, conforme a una escala que el propio precepto diseña, en atención a las diversas clases de penas privativas de libertad que se configuraban en el Código Penal derogado (esto es, desde la pena de reclusión mayor hasta la pena de arresto mayor, y desde el extrañamiento hasta el destierro), algo que hoy se predica exclusivamente en función de la gravedad de las penas (artículo 75), que ha de traducirse en que será más grave aquella pena privativa de libertad que tenga mayor duración con respecto a las restantes; b) la segunda fórmula determina que tal sucesión en el cumplimiento de las penas lo ha de ser respecto a las ya cumplidas, de modo que acabada de extinguir una, ha seguirse con el cumplimiento de la siguiente, con el precitado orden de gravedad; c) finalmente, solamente se altera tal orden de cumplimiento sucesivo, «por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas», continuando, en tal caso, con las restantes, todo ello como resulta con absoluta claridad del contenido de la regla primera del artículo 70 del Código Penal, texto refundido de 1973.

Ahora bien, bajo estas consideraciones, y puesto que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador diseña un sistema de limitaciones temporales para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable, cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente. Tales limitaciones no son fruto de los más recientes Códigos, sino que fueron ya proclamadas por el Código Penal de 1870.

Estas limitaciones son de dos tipos: una, impuesta por discutibles razones de política criminal, limita el cumplimiento total de la condena del culpable, al triplo del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas (esto es, cumplidas sucesivamente), cubrieren el máximo de tiempo predicho; otra limitación, esta vez fundada en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (artículo 15 de la Constitución Española), previene una duración máxima de treinta años de prisión, mediante el cumplimiento de las sucesivas penas impuestas en un mismo proceso, o tras la verificación de una operación de acumulación jurídica, como a la que seguidamente nos vamos a referir. Sin embargo, el Código Penal vigente (de 1995) contiene otros tipos de limitaciones escalonadas (una básica de 20 años, pero otras superiores, que se sitúan en 25, 30 ó 40 años de prisión, tras su modificación por la Ley Orgánica 7/2003).

Hemos dicho que la primera limitación obedece a discutibles razones de política criminal, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del artículo 118 de la Constitución española («es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales...»), y establece un cierto principio de impunidad, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación. No es éste, sin embargo, el objeto de nuestra resolución judicial.

Para aplicar tales limitaciones en el cumplimiento sucesivo de las penas, y que dará lugar a la condena total resultante (que es un concepto diferente de la suma de las penas impuestas y que se han de cumplir sucesivamente de la manera ya expresada), se ha de operar con un criterio de conexidad. El apartado segundo de la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973, dispone que «la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en un solo» (párrafo éste adicionado por la Ley 3/1967, de 8 de abril).

Esa conexión puede ser de diversas clases: la llamada conexión procesal, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5ª del

artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, la conexidad temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas. Respecto a esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (Sentencias del Tribunal Supremo 15-4-1994 y 27-4-1994), decantándose por un sentido hermenéutico de la llamada «acumulación de condenas», que responde a las reglas del concurso real, y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido), objeto de enjuiciamiento conjunto (en su solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones. Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la Ley, y así, el artículo 76.2 del vigente Código Penal, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico.

Hemos acordado recientemente (Pleno no Jurisdiccional, de 29 de noviembre de 2005) que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la fecha de la sentencia firme, sino la fecha de la sentencia condenatoria definitiva, y hemos mantenido también que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena, res-

pecto a la sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa.

CUARTO

Ahora bien, una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado artículo 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código Penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código Penal se refiere a la limitación resultante con el término de «condena», de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas «penas» impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triplo del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará «de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años»; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del artículo 69 del Código Penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del artículo 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como con-

secuencia de la aplicación de un delito continuado («ex» artículo 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, «ex» artículo 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del artículo 70 del Código Penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo «por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas»; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la Ley), «determinando el máximo de cumplimiento de las mismas» (expresado de igual forma así de claro).

Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una «refundición de condenas», sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al artículo 100 del Código Penal.

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimien-

to de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (estoe es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. $20+10=30$. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años.

QUINTO

A la vista de estos parámetros interpretativos, la resolución judicial dictada por la Audiencia Nacional, no puede mantenerse. En efecto, se basa dicha resolución para formar dos bloques distintos de cumplimiento sucesivo en una desconexión temporal que carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la Ley (artículo 70.2ª Código Penal 1973), ni en la jurisprudencia de esta Sala Casacional que la interpreta.

En efecto, primeramente descarta la acumulación total de las condenas bajo el argumento de que el período delictivo que comprenden todas ellas es «tan largo que no puede admitirse que exista una mínima conexión cronológica entre ambas infracciones», que cifra en prácticamente doce años, de donde extrae la consecuencia (que no puede ser otra, dicen los jueces «a quibus»), que «negar que entre estos dos delitos exista la conexidad que hubiese podido permitir su enjuiciamiento en un único proceso». Olvida la Audiencia Nacional que el segundo párrafo de la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, edición de 1973, no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de las limitaciones que proclama. Su pro-

pia interpretación es incoherente, al disponer dos bloques acumulables de nada menos que de seis años cada uno, olvidando que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es una vinculación temporal, sino un criterio de conexidad. Y la propia Sala de instancia no desconoce que tal criterio ha sido muy favorable al reo en la interpretación de mencionada conexidad, como expresamente dejan constancia y llevan los aludidos jueces a la resolución judicial impugnada, con cita de jurisprudencia de esta Sala.

En segundo lugar, procede a practicar la resolución combatida una desconexión temporal en dos bloques distintos de condenas que acumula, bajo el argumento de que la actividad delictiva se interrumpe desde el día 16 de abril de 1982 y no se reanuda hasta el 21 de noviembre de 1984 (es decir, más de dos años después) y en el seno de otro comando distinto. Pues, bien, aparte de lo indiferente que resulta a los efectos de poder ser enjuiciado en un solo proceso, la pertenencia a uno o más comandos (sin más datos que justifiquen esta decisión), es lo cierto que lo equivocado de esta interpretación resulta de que si H.P.N. hubiera seguido cometiendo atentados interrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas, de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Lo desacertado de tal interpretación resulta, por tanto, patente.

En conclusión, siendo los hechos que han sido aisladamente enjuiciados, susceptibles de ser considerados conexos, en los términos que ya hemos analizado con anterioridad, que en este caso es palpable, pues como ha señalado la propia Sala de instancia, todos los delitos por los que ha sido condenado H.P.N., «se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista ETA», ha de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo. Y ello porque, habiéndose impuesto las penas en distintos procesos, y no pudiendo aplicar criterio cronológico corrector alguno (en tanto que todos los hechos cometidos son anteriores a la primera condena impuesta), se está en el caso de aplicar la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, y en su consecuencia, estimando el motivo, apoyado por el Ministerio fiscal, declarar la limitación del cumplimiento de las penas relacionadas en los antecedentes de esta

resolución judicial en la suma referida de treinta años de prisión, que se cumplirán sucesivamente, en los términos anteriormente razonados.

La Sala debe subrayar que esta interpretación ratifica una línea interpretativa seguida en diversos precedentes respecto del entendimiento de las normas de acumulación jurídica posterior de las penas correspondientes al concurso real. En especial reiteramos aquí la significación que la jurisprudencia viene dando al requisito que establece que, si las penas se han impuesto en distintos procesos, la llamada acumulación de condenas estará condicionada por la posibilidad de que «por su conexión, [los hechos] pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

Ejemplo de tal línea jurisprudencial son las sentencias 1817/1999, de 24-12-1999 y 1223/2005, de 14-10-2005. En la primera de ellas se sostuvo, con fuerte crítica del criterio contrario, que «la pena constituye la medida de la culpabilidad para cada uno de los delitos aisladamente considerados, por lo que su valoración, a efectos de una posterior acumulación, también tiene que hacerse individualmente, sin tener en cuenta, como nueva pena, el límite del triplo de la pena mayor de las impuestas en los supuestos de concurso real». En la segunda se decidió que «para obtener el conjunto triple ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta a cada delito y no la condena total establecida en sentencia cuando sean juzgados varios delitos». No existe ninguna razón que permita afirmar que el criterio de consideración individual de las penas sólo sería de aplicación en el caso del límite determinado por el triplo de la pena más grave, pero que no lo sería en el caso del límite derivado del máximo de cumplimiento. En ambos casos se trata de lo mismo: el límite de cumplimiento efectivo.

Es de subrayar, de cualquier manera, que el problema específico presentado por este caso es el de la interpretación del artículo 100 Código Penal 1973 en relación al 70.1 del mismo. Sobre esta problemática no existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, en el sentido del artículo 1.6 Código Civil, que contradigan la interpretación establecida en nuestras anteriores consideraciones.

Las sentencias de 29-9-1992 y la de 24-6-1994, y otras similares, no han interpretado que el límite de cumplimiento constituya una pena total que reemplaza a las individualmente impuestas en los casos de concurso real, sino que se han referido a un problema distinto, el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a

las necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8-3-1994, sin embargo, interpretó que el límite de ejecución del artículo 70.2ª Código Penal 1973 «opera ya como una pena nueva resultante y autónoma», basándose para ello en el artículo 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Sin embargo, esta sentencia no podría ser invocada como un precedente vinculante, dado que su fallo no ha sido luego reiterado en la forma prevista por el artículo 1.6 del Código Civil. La circunstancia de que un precedente no haya tenido durante doce años aplicación reiterada, pone de manifiesto, en todo caso, que esa sentencia mantuvo un punto de vista que no ha sido incorporado a la jurisprudencia. La Sala entiende, por otra parte, que la interpretación allí brevemente expuesta, además, no es ajustada a la finalidad de los preceptos aplicables al caso. Fundamentalmente se estima que la decisión de dicha sentencia, al apoyarse en un precepto meramente reglamentario (el citado artículo 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente), referido a la libertad condicional y no a la acumulación de penas, no podría, dada la menor jerarquía de la norma que le sirve de fundamento, determinar el sentido del artículo 70 del Código Penal de 1973. Tal razonamiento infringiría el principio de jerarquía normativa impuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Si se pensara, sin tener en consideración el artículo 1.6 del Código Civil, que esta resolución introduce una modificación vinculante de la interpretación jurisprudencial o de la que se ha venido haciendo en la práctica penitenciaria sobre las reglas primera y segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973 y que ello afectaría la garantía del derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) del recurrente, debemos señalar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha dejado claro que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1993 y 71/1998). En segundo lugar, sería pertinente recordar que la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (ad exemplum, Sentencia del Tribunal Supremo 1101/1998) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del artículo 25. 1 de la Constitución Española reserva a la legislación y el del artículo 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias.

Por todo ello, teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación formalizado por H.P.N., frente al Auto dictado por la Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de abril de 2005, y en consecuencia, acumulamos todas las penas relacionadas en los antecedentes de esta resolución para su cumplimiento sucesivo por el penado, con la limitación de treinta años de prisión, en los términos jurídicos que han quedado razonados, todo ello declarando de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

NOTA:

SE HACE CONSTAR QUE EN CONTRA DE LA MAYORÍA EMITIERON UN VOTO PARTICULAR TRES MAGISTRADOS.

9.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 24/09/08

Doctrina Parot. La aplicación de esta doctrina hace que sea más favorable al reo el cumplimiento según el nuevo Código Penal.

Que en el presente caso, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de mayo de 1987, la condena impuesta a lo procesados A.E.A. y E.L.A., por la que se imponía a cada uno de ellos por la comisión de ocho delitos un total de 39 años y 6 meses, en virtud de lo dispuesto en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 vigente en tal momento, se estableció en la liquidación correspondiente la penalidad acumulada a los diversos delitos aplicados la extensión máxima de 30 años de prisión.

Como consecuencia de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y a fin de dar cumplimiento a lo previsto en la Disposición Adicional segunda de dicho texto, se procedió a oír al Ministerio Fiscal y a la parte,

considerándose como más favorable para el reo, la extensión de 30 años bajo el régimen que establecía el Código Penal de 1973, habida cuenta las redenciones que se podían obtener por el penado, frente a los 25 años de cumplimiento total sin redenciones que serían aplicables conforme a lo previsto en el artículo 76 1 a) del nuevo texto legal.

Así se entendió por este Tribunal en el auto de 27 de mayo de 1996, en el que se disponía no haber lugar a revisión de la extensión de la pena, manteniendo la inicialmente fijada.

Dicha resolución devino firme con el consentimiento de las partes, siendo mantenida la misma en reiteradas ocasiones en que la parte pretendía una reducción de la pena conforme a lo proveído e 27/05/98 y 16/07/99.

Que como consecuencia de la aplicación de la denominada "doctrina Parot", contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo num. 197/06, resulta como criterio jurisprudencial, la aplicación de las redenciones no a la pena acumulada, sino a cada una de las que conforman dicha acumulación, lo que evidentemente modifica la consideración hecha en su momento en cuanto a la pena mas favorable, principio de aplicación inexcusable conforme a la Disposición Transitoria 3ª del Código Penal de 1995.

Por ello y en atención al caso que nos ocupa y ante la petición de la parte condenada de aplicación de dicha nueva normativa, procede en base a dicha doctrina, considerar como mas favorable la condena resultante de la aplicación del artículo 76 del nuevo Código.

Que ante tal situación procede considerar cuales son los delitos que debemos computar a los efectos de fijar conforme a las reglas de dicho precepto la extensión máxima de la pena.

Teniendo en cuenta el contenido del auto dictado por este Tribunal en 23/05/97, se advierte que el máximo correspondiente es el de 25 años de prisión sin redenciones.

Y ello porque frente a lo que la parte considera, uno de los delitos por los que es condenado es el de incendio con fines terroristas al que le es de aplicación según el tipo penal contenido en el artículo 571 del nuevo Código Penal, en relación con el artículo 351 de dicho texto, calificación que se menciona expresamente en el mentado auto, fijando el máximo de cumplimiento en los citados 25 años de prisión, consideración que es considerada correcta por todas las partes al dejar adquirir firmeza por no

recurrir la resolución de 1996, dado que el hecho tiene lugar en zona urbana, frente a un restaurante, acudiendo numerosas personas según recoge el relato de hechos probados de la sentencia, generando un peligro para los mismos.

Que en el presente caso no procede considerar similitud con los supuestos que cita la defensa, habida cuenta que si bien los delitos de incendio y estragos terroristas tienen el mismo tipo penal (artículo 571 del Código Penal de 1995) ambos derivan a los artículos 351 y 346 respectivamente, los cuales frente a mío que la defensa propone tienen una calificación distinta en orden al peligro que generan, ya que en el tipo establecido en el artículo 346 se exige "necesariamente" el peligro, en el previsto en el caso de incendio y recogido en el artículo 351 no exige tal necesidad, generándose el riesgo indicado, como aprecio la Sala en la resolución de 23/05/97 ya citada, criterio que devino firme.

Que en atención a todo ello, procede revisar la extensión de la pena impuesta aplicando conforme a lo solicitado por la parte como más beneficioso para el reo la de 25 años de prisión sin reducciones, debiendo proceder el Centro Penitenciario a practicar la liquidación correspondiente.

SE ACUERDA: No haber lugar a la petición formulada por la representación procesal de los penados A.E.A. y E.L.A., fijándose como límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta el de 25 años de prisión sin reducciones, oficiase al Centro Penitenciario a los efectos de practica de nueva liquidación.

10.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Aplicación "Doctrina Parot".

PRIMERO.- Que en fecha 10 de julio de 1995 se dictó sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos por la que se condenaba a P.L.G.F., como autor responsable de un delito de robo y otro de violación, en concurso medial, y otro de asesinato, con la concurrencia de las agravantes de reincidencia y despoblado, a las penas de veinticinco años de reclusión menor y treinta años de reclusión mayor. La víctima de

dichos delitos resultó ser la joven, de 23 años de edad, y los hechos cometidos en fecha 22 de enero de 1992.

En el antecedente de hechos probados de la referida sentencia ya se indicaba que P.L.G.F. había sido anterior y ejecutoriamente condenado por delitos de: a) utilización ilegítima de vehículos a motor y violación, en virtud de sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en la causa 16/79 y en fecha 20 de junio de 1979, b) delito de abuso deshonesto, en virtud de sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en la causa 87/80 y en fecha de 14 de marzo de 1981, c) dos delitos de abusos deshonestos y un delito de simulación de delito, en virtud de sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en la causa 1/91 y en fecha 14 de enero de 1982, d) un delito de violación, en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. Uno de Valladolid en la causa 77/84 y en fecha de 3 de julio de 1987 (firme en la misma fecha).

Asimismo consta, en la referida sentencia y en la hoja de antecedentes penales de P.L.G.F., condenas por delitos cometidos en fecha posterior a los en ella enjuiciados y así: 1) dos delitos de violación, un delito de agresión sexual, un delito de robo con violencia o intimidación y un delito de tenencia ilícita de armas, en virtud de sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid en la causa 4/92 y en fecha 22 de octubre de 1993 (firme en fecha 2 de noviembre de 1993), 2) un delito de atentado, un delito de lesiones y un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, en virtud de sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid en la causa 3/93 y en fecha 24 de junio de 1993 (firme en fecha 16 de diciembre de 1993), 3) un delito de atentado, en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. Uno de la Coruña en la causa 431/93 y en fecha 7 de febrero de 1994 (firme en fecha 5 de abril de 1994), 4) por delitos de violación y asesinato, en virtud de sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en la causa 5/92 y en fecha 6 de julio de 1994 (firme el 22 de febrero de 1995) y 5) delitos de agresión sexual, violación y robo con violencia o intimidación, en virtud de sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca en la causa 1/93 y en fecha 4 de marzo de 1995 (firme en fecha 23 de marzo de 1995).

La sentencia dictada en la presente causa fue objeto de casación ante el Tribunal Supremo, dictando este órgano auto de fecha 20 de noviembre de 1996 por el que se declaraba no haber lugar a la admisión del recurso

intentado, siendo declarada firme la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos en resolución de fecha 23 de diciembre de 1996.

SEGUNDO.- En fecha 17 de febrero de 1997 se procede a practicar liquidación de condena por esta causa, aprobándose por auto de fecha 20 de febrero del mismo año y fijándose como fecha de inicio del cumplimiento la de 3 de enero de 2106 y como fecha de extinción de la condena la de 26 de diciembre de 2135, ello en atención a la existencia de condenas anteriores y su cumplimiento sucesivo.

En fecha 4 de junio de 1997 esta Sección de la Audiencia Provincial, ya entrado en vigor el Código Penal de 1995 y siendo el último órgano sentenciador de P.L.G.F., dictó auto en el que, por aplicación de la derogada regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973 y en atención a la conexidad delictiva, fija el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el tiempo de treinta años, dejando extinguidas sin cumplir las que procedan y excedan de dicho límite temporal.

Como consecuencia de la acumulación de condenas realizada por el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial se practica nueva liquidación de la impuesta en las presentes actuaciones (Sumario 3/93) y se fija como fecha inicial de cumplimiento la de 2 de noviembre de 1993 y como fecha de extinción del mismo la de 9 de noviembre de 2022, siendo aprobada por auto de fecha 6 de agosto de 1997, archivándose provisionalmente las actuaciones en fecha 11 de noviembre de 1997.

Así permanecen las actuaciones hasta que en fecha 13 de agosto de 2.008 se recibe comunicación del Centro Penitenciario de Teixeiro que las penas impuestas al penado P.L.G.F. e incluidas en la acumulación de condenas ascienden a un total de 273 años, 2 meses y 16 días, lo que equivale a un total de 99.721 días, lo que se comunica a los efectos de posible aplicación de la sentencia 197/06 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2006 (Doctrina Parot) en cuyo caso el cumplimiento total sería en fecha 9 de noviembre de 2022, como ya estableció esta Sala en auto de fecha 6 de agosto de 1997, antes citado, extinguiendo en caso contrario las penas en fecha 18 de diciembre de 2008.

TERCERO.- El artículo 70 del Código Penal de 1973, aplicable al presente caso al encontrarse vigente en el momento de producirse los hechos sometidos a enjuiciamiento, establecía que "cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cum-

plidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes:

1ª En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido. La gravedad respectiva de las penas para la observancia de lo dispuesto en 'el párrafo anterior se determinará con arreglo a la siguiente escala: Muerte. Reclusión mayor. Reclusión menor. Presidio mayor. Prisión mayor. Presidio menor. Prisión menor. Arresto mayor. Extrañamiento. Confinamiento. Destierro.

2ª No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo".

La redacción del precepto indicado encuentra su reflejo en los artículos 75 y 76 del actual Código Penal de 1995, variando no obstante las cuantías del máximo de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad ("cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible" nos dice el artículo 75, y añade el artículo 76 que "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 con-

denado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V 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. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo").

El artículo 70 del Código Penal de 1973, que es el que ahora nos interesa, establece dos reglas o normas para el cumplimiento sucesivo de las distintas penas impuestas, cuando las mismas no puedan extinguirse de forma simultánea tal y como prevé el artículo 69 del citado texto legal. La primera de estas reglas establece que deberá seguirse para el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas el orden de mayor a menor gravedad de las mismas (se deberá comenzar con el cumplimiento de la más grave o de mayor duración temporal y terminar con el de la más leve o menor extensión en el tiempo). La segunda indica que la sucesión en el cumplimiento debe realizarse una vez cumplida la anterior, solo cumplida ésta procederá iniciar el cumplimiento de la siguiente. Ambas reglas son complementadas con una limitación temporal consistente en que el cumplimiento no podrá ser superior al triple de la pena más grave impuesta si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo procedimiento, no pudiendo exceder el máximo de cumplimiento de treinta años de privación de libertad ya en cumplimiento sucesivo ya en cumplimiento acumulado. Dichas limitaciones temporales encuentran su justificación en razones humanitarias (artículo 15 de la Constitución Española) y de política criminal.

Sin embargo esta determinación del máximo de tiempo de cumplimiento (treinta años) no puede configurarse como una nueva pena que sustituya a todas las impuestas. No es una nueva pena, sino una limitación temporal al cumplimiento sucesivo de las diversas penas impuestas, determinando el máximo de internamiento en Centro Penitenciario. Así lo ha venido señalar la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia núm. 197/06 de fecha 28 de febrero de 2006 (recurso 598/05, conocida con el nombre de "caso o doctrina Parot").

Dicha sentencia no supone una ruptura del Tribunal Supremo con anteriores interpretaciones jurisprudenciales, y así lo señala la misma al establecer que como antecedentes las sentencias 1817/99 de 24 de diciembre de 1999 y 1223/05 de 14 de octubre de 2005. En la primera de ellas se sostuvo, con fuerte crítica del criterio contrario, que "la pena constituye la

medida de la culpabilidad para cada uno de los delitos aisladamente considerados, por lo que su valoración, a efectos de una posterior acumulación, también tiene que hacerse individualmente, sin tener en cuenta, como nueva pena, el límite del tripló de la pena mayor de las impuestas en los supuestos de concurso real". En la segunda se decidió que «para obtener el conjunto triple ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta a cada delito y no la condena total establecida en sentencia cuando sean juzgados varios delitos». No existe ninguna razón que permita afirmar que el criterio de consideración individual de las penas sólo sería de aplicación en el caso del límite determinado por el tripló de la pena más grave, pero que no lo sería en el caso del límite derivado del máximo de cumplimiento. En ambos casos se trata de lo mismo: el límite de cumplimiento efectivo ...

Las sentencias de 29 de septiembre de 1992 y la de 24 de junio de 1994, y otras similares, no han interpretado que el límite de cumplimiento constituya una pena total que reemplaza a las individualmente impuestas en los casos de concurso real, sino que se han referido a un problema distinto, el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a las necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994, sin embargo, interpretó que el límite de ejecución del artículo 70.2-a del Código Penal de 1973 "opera ya como una pena nueva resultante y autónoma", basándose para ello en el artículo 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Sin embargo, esta sentencia no podría ser invocada como un precedente vinculante, dado que su fallo no ha sido luego reiterado en la forma prevista por el artículo 1.6 del Código Civil. La circunstancia de que un precedente no haya tenido durante doce años aplicación reiterada, pone de manifiesto, en todo caso, que esa sentencia mantuvo un punto de vista que no ha sido incorporado a la jurisprudencia. La Sala entiende, por otra parte, que la interpretación allí brevemente expuesta, además, no es ajustada a la finalidad de los preceptos aplicables al caso".

El Tribunal Supremo sigue indicando que las sentencias de 29 de septiembre de 1992 y la de 24 de junio de 1994, y otras similares, no han interpretado que el límite de cumplimiento constituya una pena total que reemplaza a las individualmente impuestas en los casos de concurso real, sino que se han referido a un problema distinto, el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a las

necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994, sin embargo, interpretó que el límite de ejecución del artículo 70.20 del Código Penal de 1973 "opera ya como una pena nueva resultante y autónoma", basándose para ello en el artículo 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Sin embargo, esta sentencia no podría ser invocada como un precedente vinculante, dado que su fallo no ha sido luego reiterado en la forma prevista por el artículo 1.6 del Código Civil. La circunstancia de que un precedente no haya tenido durante doce años aplicación reiterada, pone de manifiesto, en todo caso, que esa sentencia mantuvo un punto de vista que no ha sido incorporado a la jurisprudencia".

CUARTO.- El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2006 ("doctrina Parot"), establece las líneas fundamentales de la interpretación jurisprudencial del artículo 70 del Código Penal de 1973 al decir que "una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado artículo 70 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código Penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código Penal se refiere a la limitación resultante con el término de "condena", de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas "penas" impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieren o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará «de extinguir [es decir, de cumplir]

las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que las ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años»; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del artículo 69 del Código Penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del artículo 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex artículo 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, ex artículo 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del artículo 70 del Código Penal de 1,973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo "por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas"; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley), "determinando el máximo de cumplimiento de las mismas" (expresado de igual forma así de claro)".

De este razonamiento, que esta Sala comparte en su integridad, la Sala Segunda del Tribunal Supremo obtiene una lógica consecuencia al establecer que "las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avata-

res que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al artículo 100 del Código Penal (Texto Refundido de 1.973).

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante".

La aplicación de esta doctrina es dispar en nuestras Audiencias Provinciales, no siguiéndola por distintos motivos la Audiencia Provincial de Madrid (Auto de 25 de enero de 2007) o de Barcelona (Auto de 27 de julio de 2007), como cita la defensa de P.L.G.F., siendo seguido por otras y extendiendo su aplicación a delitos comunes distintos de los delitos de terrorismo.

Así la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en su Auto de fecha 22 de septiembre de 2005, revocado parcialmente por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de septiembre de 2006 (recurso núm. 1.168/05, procede a la acumulación y fijación del tiempo máximo de cumplimiento de penas impuestas por un robo con intimidación, tres asesinatos, dos agresiones sexuales, un maltrato habitual, un delito de lesiones y una falta de lesiones, cometidos sucesivamente en los años 1993, 1998 y 2003, aplicando la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 y el Código Penal de 1995. En el fallo de la sentencia de casación se revoca parcialmente la resolución, al mantenerse la acumulación y no aplicar el límite máximo de cumplimiento de cuarenta años al ser éste introducido por la Ley 7/03 de 30 de junio, no estando en vigor en el momento de la comisión de los delitos, señalando dicha sentencia un periodo máximo de cumplimiento de treinta años. El fallo de la sentencia del Tribunal Supremo establece que "Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación parcial, al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del condenado contra Auto de fecha 22 de septiembre de la

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, declarando que la limitación penológica para el cumplimiento de todas las condenas del recurrente será de treinta años de prisión, en cumplimiento sucesivo de las mismas, cada una conforme a sus correspondientes avatares jurídicos, en función del Código por el que ha sido condenado".

Esta Audiencia Provincial de Burgos sigue el criterio jurisprudencial y vinculante establecido por el Tribunal Supremo (artículo 1.6º del Código Civil), valor vinculante del que carecen las sentencias de las Audiencias Provinciales. Por ello, aplicando dicha doctrina al presente caso y existiendo conexidad entre los distintos delitos cuyas penas se encuentra cumpliendo el interno P.L.G.F., éste deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años. Es decir, los beneficios penitenciarios de redenciones ordinarias y extraordinarias que existieran no deberán aplicarse sobre el total del cumplimiento de treinta años, sino que deberán aplicarse a la pena en cuyo periodo de cumplimiento se origine dicho beneficio y así sucesivamente en orden derivado de la gravedad de las penas impuestas hasta que el tiempo de las penas cumplidas con sus respectivos e individualizados beneficios penitenciarios alcance un total de treinta años, momento que el Centro Penitenciario fija en la fecha de 9 de noviembre de 2.022 y en la que dejará extinguidas las pendientes sin cumplir de forma efectiva.

QUINTO.- La defensa de P.L.G.F. sostiene la inaplicabilidad de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2006 señalando que "mediante auto firme, y por lo tanto inatacable, se ha fijado una nueva pena de treinta años y en su consecuencia sobre ella se ha procedido a computar las redenciones ganadas y aprobadas de forma firme e inatacable por los órganos judiciales. No se trata por tanto de varias penas, cada una de varios años, con un límite de cumplimiento de 30 años, sino de una sola pena de treinta años de Prisión, fijado así mediante auto firme de 6 de Agosto". Parte pues de la consideración de los treinta años, no como límite del sucesivo cumplimiento individual de las distintas penas impuestas, sino como una nueva pena a la que aplicar la totalidad de los beneficios penitenciarios, y de la intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales que se conecta con el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3º del Texto Constitucional. El primero de los argumentos ya ha sido rebatido en los fundamentos de derecho anteriores,

sosteniendo el auto de esta Sala de fecha 4 de junio de 1997, al aplicar la regla 2, del artículo 70 del Código Penal de 1973, que "establece en treinta años el límite del cumplimiento de las penas impuestas". La dicción es clara, no estamos ante una nueva pena, sino ante el límite de cumplimiento de las penas impuestas.

Con respecto a la intangibilidad de las resoluciones judiciales que se recoge en el artículo 118 de la Constitución Española, no impide ni la aplicación del auto de esta Sala de fecha 6 de agosto de 1997 (en el que se aprobaba la liquidación de la condena por ella impuesta, fijando como fecha de extinción la de 9 de noviembre de 2002) ni del auto de esta Sala de 4 de junio de 1997 (en el que se fijaba el tiempo máximo de cumplimiento de todas las penas impuestas a P.L.G.F. y que en el referido auto se recogen), sino todo lo contrario, fundamenta la aplicación de los mismos de acuerdo a su contenido literal y a la interpretación jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2006. Precisamente por ello será necesario volver a practicar por el Centro Penitenciario nueva propuesta de licenciamiento definitivo de acuerdo con la interpretación conforme a esta doctrina jurisprudencial que prescribe el cumplimiento sucesivo de las penas acumuladas, cada una conforme a sus avatares jurídicos y beneficios penitenciarios correspondientes. Las liquidaciones de condena que se realizan tanto por los órganos judiciales como por los centros penitenciarios no son otra cosa que una previsión apriorística del cómputo del tiempo de cumplimiento del penado y que se modifican y rectifican constantemente, en atención a beneficios, a acumulaciones, a abonos de prisión preventiva de otras causas, etc. Ello implica una continua modificación de resoluciones que aprueba liquidaciones de condenas y fechas de licenciamiento definitivo, sin quebranto alguno de la seguridad jurídica, de ahí que la consolidación de la situación punitiva de un penado no se produzca hasta que se aprueba su licenciamiento definitivo, como señala el Ministerio Fiscal en el recurso de casación núm. 20641/07 (Auto del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2008), afirmación que encuentra su respaldo en el Auto del Tribunal Supremo núm. 707/07 de 29 de marzo que declaró ajustada a la legalidad el artículo 70 del Código Penal anterior.

Las cuestiones suscitadas por la defensa de P.L.G.F. ya han sido abordadas en el auto núm. 2107/06 de la Sala 2a del Tribunal Supremo de fecha 11 de octubre de 2006 (recuso núm. 10538/06) y que mantiene la doctrina establecida por la sentencia de fecha 26 de febrero de 2006.

El indicado Auto establece que "C) En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, no es posible aceptar la pretensión del recurrente de aplicar los beneficios y redenciones penitenciarias de una única vez y a una única pena de treinta años de prisión, sino que serán objeto de su correspondiente análisis individualizado respecto a cada una de las penas que por su gravedad se vayan cumpliendo.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 884 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- A) Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alega vulneración del derecho del art. 24.1 y 17 de la Constitución Española. El recurrente considera que el auto le ha producido indefensión e inseguridad jurídica al cambiar la doctrina jurisprudencial sobre esta materia. Como sexto motivo se alega conforme al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alega vulneración del derecho a la libertad del artículo 17.1 en relación con los artículos 5 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 9.1, 5, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El recurrente considera que se ha infringido su derecho a la libertad en atención a la interpretación jurisprudencial recogida en el auto de la Audiencia Nacional. Procede un análisis conjunto de ambos motivos por cuanto la pretensión es esencialmente la misma.

B) La sentencia de esta Sala de 28-2-2006 afirma: "La Sala debe subrayar que esta interpretación ratifica una línea interpretativa seguida en diversos precedentes respecto del entendimiento de las normas de acumulación jurídica posterior de las penas correspondientes al concurso real. En especial reiteramos aquí la significación que la jurisprudencia viene dando al requisito que establece que, si las penas se han impuesto en distintos procesos, la llamada acumulación de condenas estará condicionada por la posibilidad de que "por su conexión, (los hechos) pudieran haberse enjuiciado en uno solo". Ejemplo de tal línea jurisprudencial son las sentencias 1817/99 de 24-12-1999 y 1223/05 de 14-10-2005".

C) En aplicación de esta doctrina jurisprudencial no puede sostenerse que haya existido un cambio jurisprudencial sobre esta materia. Por lo tanto, no puede sostenerse que ni la sentencia de 28-2-2006 ni el auto recurrido que recoge su doctrina hayan producido a la parte recurrente inseguridad jurídica, ni indefensión ni se ha lesionado su derecho a la

libertad, por cuanto el auto dictado procede a aplicar unos preceptos penales sobre los que no existe duda sobre su constitucionalidad.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 885 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUARTO.- A) Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alega vulneración de los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución Española y los artículos 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. El recurrente sostiene que la interpretación de las normas realizada por la Audiencia Nacional, y consiguientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 28-2-2006, van en contra del reo, lo que supone la vulneración de los preceptos citados.

B) Como menciona la sentencia de esta Sala de 28-2-2006 "sería pertinente recordar que la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (ad exemplum, Sentencia del Tribunal Supremo 1101/98) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del artículo 25.1 de la Constitución Española reserva a la legislación y el del artículo 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias".

C) En aplicación de esta doctrina jurisprudencial no son admisibles las pretensiones del recurrente ya que no se han aplicado retroactivamente disposiciones penales que condenan más gravemente al recurrente.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 885 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO.- A) Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se alega vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución Española y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El recurrente afirma que se ha lesionado el derecho a la igualdad por cuanto se ha aplicado una doctrina jurisprudencial distinta en relación con otros asuntos judiciales.

B) La sentencia de esta Sala de 28-2-2006 analiza esta cuestión de la siguiente manera: "Si se pensara, sin tener en consideración el artículo 1.6 del Código Civil, que esta resolución introduce una modificación vinculante de la interpretación jurisprudencial o de la que se ha venido haciendo en la práctica penitenciaria sobre las reglas primera y segunda del art. 70 del Código penal de 1973 y que ello afectaría la garantía del derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) del recurrente, debemos señalar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha dejado

claro que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 42/93 y 71/98)".

C) Por consiguiente, en aplicación de esta doctrina jurisprudencial no se aceptan las pretensiones del recurrente por cuanto un pretendido cambio jurisprudencial no afecta al derecho a la igualdad al encontrarse debidamente motivado y explicadas las razones de la interpretación jurisprudencial a las que nos remitimos en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución; conviene, no obstante, insistir en que no ha habido ningún cambio jurisprudencial.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 885 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEXTO.- A) Como séptimo motivo al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alega vulneración del derecho del artículo 25.2 de la Constitución Española en relación con las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El recurrente recoge diversas alegaciones que se sustentan principalmente por el hecho de que la aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada anteriormente afecta al fin reinsertador de la pena el cual no se puede dejar a criterios no sujetos a la seguridad, legalidad, proporcionalidad y penalidad.

B) Como menciona la sentencia de 28-2-2006: "La reinserción social no es el único fin de la pena y, por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 de 21 de enero, ya declaró que el artículo 25.2 de la Constitución no limita la orientación de la pena a la reinserción, permitiendo la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general."

C) La pena impuesta al recurrente, la acumulación realizada, así como, la forma en que se procede al cumplimiento de la pena, no afectan al derecho contemplado en el artículo 25.2 de la Constitución Española. El hecho de que se fije un límite temporal máximo de 30 años de prisión sobre un número muy superior de años de condena, es suficiente para sostener que se respeta la legalidad, la seguridad, la proporcionalidad de las penas impuestas. La forma de cumplimiento de la pena que sostiene el auto de la Audiencia Nacional no afecta a estos principios constitucionales, por cuanto, contempla tanto fines reinsertadores con la reducción punitiva, y

fines basados en la prevención especial según la interpretación jurisprudencial mencionada en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución. Por lo tanto, no se ha producido lesión del artículo 25.2 de la Constitución Española.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 885 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Por todo lo indicado no procede aprobar el licenciamiento definitivo del interno P.L.G.F. para el día 18 de diciembre de 2008, debiendo de cumplir las condenas impuestas en forma sucesiva y con aplicación individualizada a cada una de ellas de los beneficios ordinarios o extraordinarios adquiridos en el tiempo de cumplimiento de cada una y no al tiempo total de treinta años que se fija como tiempo máximo de cumplimiento y nunca como pena nueva, debiendo presentar el Centro Penitenciario la nueva propuesta de licenciamiento definitivo que en su momento resulte de esta forma de cumplimiento.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

La Sala acuerda: no procede aprobar el licenciamiento definitivo del interno P.L.G.F. para el día 16 de diciembre de 2008.

El cómputo de las redenciones, ordinarias o extraordinarias, que proceda aplicar al interno P.L.G.F. en el cumplimiento sucesivo y siguiendo el orden de gravedad de las penas objeto de cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal de 1973, se realizará individualmente en cada una de ellas, fijándose el límite máximo de cumplimiento en treinta años efectivos, por lo que el Centro Penitenciario deberá practicar nueva propuesta del licenciamiento definitivo, llegado el momento.

CAPÍTULO IV

BENEFICIOS

11.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE FECHA 26/05/08

No procede redención en el periodo de libertad condicional.

Se somete a consideración de este Tribunal si el trabajo realizado por un penado, que se encuentra en situación de libertad condicional hasta el total cumplimiento de la pena impuesta, le da derecho a redimir un día de pena por cada dos días de trabajo, ex artículo 100 del Código Penal de 1973.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria resuelve dicha cuestión en sentido afirmativo por auto de 13 de diciembre de 2007.

Recorre el Ministerio Fiscal.

Aun reconociendo que la tesis defendida en el auto apelado está correctamente razonada y es seguida por algunas Audiencias Provinciales, el recurso se estima por ser contraria a la mantenida por esta Audiencia Provincial desde los autos de la Sección 1ª num. 17/2001 (Rollo Penal 4/2001) y 41/2001 (Rollo Penal 40/2001)

A continuación reproducimos su fundamentación:

"Los beneficios de redención de penas por el trabajo, tiene su origen en el artículo 100 del Código Penal de 1973, beneficios hoy desaparecidos en tal concepto en el nuevo Código Penal, beneficios que según el propio tenor del precepto se concede a los reclusos, "al recluso trabajador", y recluso es la persona que está encerrada en prisión; de manera tal que si el trabajo es realizado por una persona que encontrándose cumpliendo condena está ya en régimen de libertad condicional, no puede otorgarse al mismo los beneficios de redención, pues no está recluso. Es más si el tiempo redimido así, como dice el artículo 100 "se le contará

también para la concesión de la libertad condicional", ello revela, que los beneficios de redención de penas por el trabajo, tienen lugar cuando éste se realice sin haber obtenido antes la libertad condicional.

Cierto es, que la libertad condicional es el último estadio en el cumplimiento de la pena, pero a nuestro juicio, de conformidad con el artículo 100, tal beneficio procede respecto de la persona que está reclusa, es decir de quien todavía no ha alcanzado el grado de libertad condicional, no de un penado en cualquier grado de cumplimiento; y es que no podemos olvidar (artículo 26 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) que el trabajo es considerado como un derecho y un deber del interno, es decir de la persona que está recluida en el Centro Penitenciario pues precisamente tiene como finalidad preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre."

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación puesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 1 diciembre de 2007 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Navarra, declarando que el penado no tiene derecho al beneficio de redención de penas por el trabajo durante el período de libertad condicional.

12.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Se desestima recurso relativo a baja en redención ordinaria al no haber prueba en segunda instancia.

La Juzgadora de instancia, en su auto de fecha 8 de julio de 2008, por el que se desestima el recurso previo de reforma, señala que "de la documentación que obra en autos resulta que el recurrente aprovechó el permiso de salida concedido, desde el 23 al 26 de agosto de 2002, para quebrantar la condena que cumplía en el Centro Penitenciario de Cuenca, hechos por los que fue condenado en sentencia de fecha 10/07/03 del Juzgado de lo Penal de Cuenca, y que justifica la baja en redención desde el día 27/08/02, es decir, desde el primer día tras la conclusión del permiso.

Asimismo, es preciso dejar constancia de que no hay prueba de que haya un auto que apruebe las redenciones correspondientes a dicho periodo".

Dicha resolución encuentra su fundamentación jurídica en el artículo 65 del Decreto de 2 de febrero de 1956 por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prisiones, que indica que "no podrán redimir pena por el trabajo en la causa que se encuentre cumpliendo, quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla" y en su artículo 73.1 al decirnos que el beneficio de redención de penas por el trabajo se perderá "cuando se realice intento de evasión, consiga o no su propósito. En este caso, quedará inhabilitado para redimir en lo sucesivo".

Consta en las presentes actuaciones la emisión de sentencia, en trámite de conformidad, de fecha 10 de julio de 2003, emitida por el Juzgado de lo Penal de Cuenca (folios 4 y ss. de las actuaciones) en la que se condena a C.B.H., como autor de un delito de quebrantamiento de condena cometido durante el periodo de cumplimiento de las penas anteriormente impuestas, estableciendo el fundamento de hechos probados de la referida sentencia que "se encontraba interno en el Centro Penitenciario de Cuenca, en cumplimiento de dos condenas de prisión de 2 años, 4 meses y 1 día y 7 meses, por sendos delitos de robo. Se le concedió un permiso de salida desde el 23 al 26 de agosto de 2002, no se incorporó el día 26 y fue detenido en Madrid el día 30 del mismo mes". Es decir, consta la comisión por C.B.H. de un nuevo delito, quebrantamiento de condena, cometido durante el cumplimiento penitenciario de las penas que el interno se encontraba extinguiendo y aprovechando el disfrute de un permiso ordinario a él concedido, lo que supone la exclusión de los beneficios de redención ordinarios por trabajo, establecidos legalmente, sin que se acredite la existencia de una resolución que aplique con anterioridad a los hechos enjuiciados una redención de las penas por trabajo ya consolidada y firme.

La parte apelante señala la existencia de dicha resolución que, de existir, le debió ser notificada, no aportando prueba alguna de su existencia. La carga de la prueba, en cuanto se trata de un hecho extintivo, impeditivo u obstativo, le corresponde al interno. En palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 3 de septiembre de 2004 nos dice que "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 impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos 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 impeditivo, 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 el escrito de apelación se insta a esta Sala a practicar prueba en segunda instancia, consistente en recabar del Centro Penitenciario de Burgos la hoja de situación personal del recurrente, junto con todos los autos que se hayan notificado al recurrente por parte de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

El trámite de prueba en segunda instancia, cuando de autos se trata, como en el presente caso ocurre, no está expresamente previsto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni en el artículo 766 aplicable al presente procedimiento, ni en el artículo 231 de aplicación supletoria. Únicamente se prevé la realización de prueba en los recursos de apelación contra sentencias dictadas en Juicios de Faltas y en Procedimiento Abreviado, pero con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 780 ("en el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la

práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables"), practicándose la correspondiente Vista Oral ante la Sala de Apelación (artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por todo lo indicado, no estando previsto expresamente el trámite de prueba en segunda instancia, y no siendo de aplicación analógica el artículo 790 pues no se solicitó la prueba que ahora se reclama al interponer la correspondiente queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, procede la desestimación de la petición formulada.

Que, procediendo la desestimación del recurso interpuesto por C.B.H., se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

CAPÍTULO V

CLASIFICACIÓN

ACUERDOS ESTIMATORIOS

13.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 26/11/08

Estimación de progresión a tercer grado por concurrir circunstancias favorables.

Que la parte apelante indica en su escrito impugnatorio que "su defendido carecía de antecedentes penales hasta que fue condenado por la causa que actualmente está cumpliendo condena, ascendiendo la condena a tres años. Siendo la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes el día 6 de abril de 2010 y del cumplimiento total de la condena el día 5 de enero de 2011, es decir, al día de la fecha ya tiene cumplida la cuarta parte de la condena (6 de octubre de 2008). Su ingreso en prisión lo realizó voluntariamente el día 8 de enero de 2008. El recurrente, en estos momentos, se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Burgos, realizando un programa de reinserción social, efectuando diversas tareas de auxiliar en limpieza y curso de pintor, con una evaluación global de excelente. Asimismo, su comportamiento ha sido extraordinario, no habiéndosele impuesto ninguna sanción durante su permanencia en el Centro Penitenciario, entendiéndose el recurrente que han quedado demostrados y consolidados todos los requisitos que son necesarios para la progresión de grado, concretamente la concesión del tercer grado. El interno cuenta con el apoyo y ayuda incondicional de su familia, teniendo posibilidades reales de incorporarse al mercado laboral (afirmaciones contenidas en el propio informe de revisión de grado emitido por la Educadora), integrándose

en un grupo social apto y adecuado. Siendo el pronóstico actual de reincidencia bajo".

La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, en sesión de fecha 7 de agosto de 2008 acordó formular propuesta de progresión al tercer grado penitenciario del interno R.D.I., siendo aprobada dicha progresión de grado por acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 23 de septiembre de 2008 que fundamentó su resolución en "una evolución positiva en la conducta del interno, apreciándose circunstancias personales y penitenciarias que le capacitan para llevar un régimen de vida en semilibertad", añadiendo que "la aplicación del tercer grado se efectúa condicionada a que el interno continúe satisfaciendo la responsabilidad civil impuesta en sentencia, actitud y conducta reparatoria ya iniciadas en estos momentos", estableciendo un seguimiento sobre la satisfacción de la responsabilidad civil por parte del interno", pudiendo ser "esta clasificación reconsiderada en los términos establecidos en el artículo 105 del Reglamento Penitenciario".

Contra dicha resolución se interpuso oposición por el Ministerio Fiscal que fue estimada por auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 20 de octubre de 2008 por el que se acuerda el mantenimiento de R.D.I. en el segundo grado de tratamiento penitenciario, desestimándose por auto de fecha 3 de noviembre de 2008 el recurso de reforma contra dicha resolución interpuesta. La Jueza de Vigilancia Penitenciaria esgrime como argumentos para el mantenimiento en segundo grado penitenciario: "1º) la naturaleza violenta del delito por el que el interno cumple condena, reveladora de su personalidad y, como tal, valorable por este Juzgado, 2º) adicción a la cocaína del interno que no consta tratada, el consiguiente riesgo de reincidencia en la actividad delictiva, máxime cuando aquél ha pasado nueve meses en prisión de una condena de tres años, 3º) no ha disfrutado de permisos de salida que permitan valorar su adaptación a la vida en libertad, 4º) siendo su padre titular de una empresa de construcción en la que ha trabajado el interno (informe social) y 5º) es preciso que la pena surta el efecto intimidatorio suficiente para evitar que el interno reincida en la actividad delictiva, así como que abone la responsabilidad civil que le resta, demostrando la voluntad real de resarcir el perjuicio causado a la víctima con su comportamiento".

La parte apelante impugna en su recurso los argumentos antes citados y así sostiene que: 1.- con respecto a la naturaleza violenta del delito, el interno ha sido condenado por un delito de lesiones, no existiendo ante-

cedentes penales previos y apreciándose en sentencia la atenuante analógica de embriaguez, 2.- con respecto a la drogodependencia a la cocaína y el consiguiente riesgo de reincidencia en actividad delictiva., en el expediente administrativo consta que el pronóstico actual de reincidencia es bajo, no constando la existencia de consumo de cocaína a la fecha actual, 3.- no ha podido disfrutar de permisos, pero ya se han solicitado y, teniendo en cuenta que ha sido la Junta de Tratamiento la que ha propuesto la progresión a tercer grado, es de presumir que también está conforme con la concesión de permisos de salida, 4.-actualmente tiene una oferta de trabajo, pero ello no implica que se mantenga durante años, 5.- ha sido la propia Junta de Tratamiento la que ha propuesto la progresión de grado, siendo la Junta de Tratamiento la que ha hecho un seguimiento más directo y, al entender que la pena ha cumplido su finalidad, es por lo que ha propuesto su progresión de grado, y 6.- respecto a la responsabilidad civil, manifestar que la ha hecho efectiva de forma parcial, pero ha presentado por escrito, ante la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, un compromiso de pago.

El artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria viene a establecer que "para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento". A su vez el artículo 65 de la misma Ley y 106 del Reglamento Penitenciario determinan que "1. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen. 2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Finalmente el artículo 74.2 de la mencionada Ley viene a establecer que "1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal. 2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley. 3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden. 4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión".

En el presente caso, el interno R.D.I. se encuentra cumpliendo condena por delito de lesiones (prueba documental obrante al folio 5 del procedimiento de Vigilancia Penitenciaria del que el presente rollo trae causa), en virtud del Rollo núm. 33/07 de esta Sala, con una pena de tres años de Prisión. El inicio de cumplimiento de la pena impuesta se fija en fecha de 8 de enero de 2008, habiendo cumplido la cuarta parte de la misma en fecha 6 de octubre de 2008, las tres cuartas partes en fecha 5 de enero de 2010 y quedando extinguida la pena en fecha 5 de enero de 2011.

La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, en fecha 7 de agosto de 2008 emitió acuerdo (folio 9 del expediente) por mayoría de cinco votos contra dos, en el que proponía la progresión del interno al tercer grado penitenciario, indicando como fundamentación de su resolución "la favorable evolución en su trayectoria penitenciaria, poseyendo oferta laboral y estando realizando el pago de responsabilidad civil".

En el expediente penitenciario no se hacen constar la existencia de expedientes o sanciones disciplinarias, habiendo realizado actividades de auxiliar de limpieza y curso de pintura con valoración de excelente y fijándose como factores de adaptación: "suficiente intimidación de la condena, motivación actual favorable al cambio, primariedad delictiva, asunción correcta de la normativa institucional, aprovechamiento en actividades formativas, desempeño adecuado de destinos, familia de origen normalizada y vinculante, existencia de oferta laboral contrastada y asunción de la responsabilidad delictiva". Únicamente se señala como factor de inadaptación la inexistencia de cualificación laboral, circunstancia que

se ve compensada por la oferta de trabajo en la construcción existente y por el respaldo del padre del interno que a su vez realiza actividad laboral en la construcción. El pronóstico de reincidencia es fijado por el Centro Penitenciario como bajo, no se acredita la existencia de drogodependencia en la actualidad y consta la oferta de trabajo por parte de la empresa familiar en el exterior del Centro Penitenciario.

Dichos informes contradicen las afirmaciones realizadas por la Jueza de Vigilancia Penitenciaria para fundamentar en ellas la impugnación de progresión de grado sustentada por el Ministerio Fiscal, progresión informada favorablemente por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos y acordada por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, debiendo por ello y en virtud de las pruebas practicadas, estimar el recurso interpuesto y otorgar al penado la progresión al tercer grado penitenciario solicitado.

Finalmente citar como aplicable, junto a los artículos anteriormente transcritos; el artículo 102 del Reglamento Penitenciario de 1996, al señalar que: "1. Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que determinará el destino al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquél. 2. Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento", añadiendo en su núm. 4 que "La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad", sin que para ello sea obstáculo que no lleve cumplida la cuarta parte de su condena, tal y como indica el artículo 104.3 del mismo texto legal a establecer que "Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2 valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado".

Que, estimándose como se estima el recurso interpuesto por R.D.I., procede declarar de oficio las costas procesales que se hubieran devengado en esta apelación, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a sensu contrario del principio del vencimiento que rige en materia de interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo expuesto este Tribunal acuerda:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Burgos R.D.I. contra el auto de fecha 3 de noviembre de 2008 por el que se desestimaba el recurso previo de reforma interpuesto contra el auto de fecha 20 de octubre de 2008 que estimaba, asimismo, la impugnación interpuesta del Ministerio Fiscal contra la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 23 de septiembre de 2008 que otorgaba la progresión al tercer grado penitenciario del interno ahora recurrente en apelación, resoluciones todas dictadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos en el expediente núm. 98/08, y revocar la referida resolución en todos sus pronunciamientos debiendo de otorgarse al penado R.D.I. la progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, con los derechos y obligaciones que al mismo son inherentes, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales que se hubieren causado en la presente apelación.

14.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 08/02/08

Estimación de recurso de alzada contra acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y progresión a 3º grado.

Por el interno del Centro Penitenciario de Topas a que se refiere este expediente, se remitió a este juzgado escrito interponiendo recurso de alzada contra la ratificación en el segundo grado de tratamiento acordada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la fecha que consta en el expediente.

Formado el oportuno expediente, se solicitaron los informes pertinentes que, recibidos, se unieron a las actuaciones dándose traslado al Ministerio Fiscal, quien lo emitió en el sentido que consta anteriormente.

El artículo 106.2 del vigente Reglamento penitenciario, dice literalmente: "La progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permita la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad", todo ello en concordancia con el artículo 110 del Reglamento Penitenciario.

A la vista de los informe obrantes en el expediente personal del penado de referencia, remitidos por el Centro Penitenciario, procede estimar el recurso de alzada interpuesto por el mismo y se le progresa al tercer grado de tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Si acudimos a la propuesta de clasificación y destino adoptada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, de fecha 9 de agosto 2007, observamos multitud de factores de adaptación del penado que determinan un pronóstico actual de reincidencia bajo. En efecto, el interno ha hecho un buen uso de los permisos de salida que reiteradamente viene disfrutando; su participación en salidas programadas ha sido muy positiva; no es reincidente, siendo primario delictivo; cuenta con un importante apoyo institucional, se trata de su primer y único ingreso en prisión; su conducta penitenciaria ha sido muy buena; ha asumido correctamente la normativa institucional, su participación en actividades programadas, ha sido muy positiva, con una favorable evolución en programas de tratamiento; carece de sanciones.

Procede la progresión a tercer grado de tratamiento dada la positiva evolución del interno durante el cumplimiento de la condena. Dicha evolución se ha manifestado tanto a nivel conductual como a nivel personal. El interno ha realizado un programa específico de autocontrol. Además disfruta habitualmente de permisos de salida para realizar actividades en el exterior.

La propuesta de la Junta de Tratamiento favorable a la progresión de grado fue adoptada por unanimidad de todos sus miembros.

Del informe psicológico de 13 de agosto 2007, se desprende que el penado ha tenido una conducta excelente y ha mostrado gran arrepentimiento por los hechos que le mantienen en prisión, Ha sabido mostrar elevada sensibilidad hacia la situación de internamiento, tanto en lo personal como en la totalidad de las consecuencias de su acción: el sufrimiento de su propia familia y la de la víctima.

El educador, en fecha 9 de agosto 2007, nos informa que desde el CIS, el interno ha estado saliendo a realizar curso en la Universidad, con buenos resultados y también ha realizado cursos de informática por las mañanas, e inglés por las tardes. Muestra bastante interés intelectual. Sale de permisos habitualmente, disfrutándolos en Marbella con su amigo, donde tiene su aval.

El interno trabajaría, pues, en Madrid (Centro Cultural Islámico), acudiendo los fines de semana a Marbella, con la persona que le avala; quién también acudiría a Madrid los fines de semana que el penado se quedara.

Todas estas circunstancias, unidas al importante apoyo institucional con el que cuenta el penado, ofrecido por la Embajada de Arabia Saudí, hacen aconsejable la progresión al tercer grado de tratamiento.

En el mismo sentido ha informado el Ministerio fiscal en su escrito de 8 de febrero actual.

Se estima el recurso de alzada interpuesto por el interno A.A., contra el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 27 septiembre 2007, y se le progresa a tercer grado de tratamiento, si bien, el régimen de vida deberá establecerse por el Centro Penitenciario.

15.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 1 DE MADRID DE FECHA 03/03/08

Se estima recurso de clasificación en 3º grado artículo 104.4 con medios telemáticos.

Con fecha 29/11/2007, este Juzgado dictó auto en el que desestimó el recurso presentado por el interno P.P.S. contra la Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 23/10/2007, en la que se acordó su continuidad en 2º grado.

Dicho Auto fue recurrido en reforma por el Letrado que propuso que P.P.S. fuera diagnosticado de su estado de salud por un especialista.

El especialista ha evaluado el estado de salud del interno antes mencionado, habiendo llegado a la conclusión de que el mismo debido a su patología sidosa y hepática necesita un tratamiento y control periódico médico estricto en medio ambulatorio. Además según el especialista, dicho interno precisa en el futuro de un trasplante de hígado, para poder mantenerse con vida, siempre y cuando su infección VIH se le permita. El pronóstico a juicio del doctor es pésimo. Incluso añade que, dada la psicopatología del interno, no es verosímil la reincidencia de su vida delin cuencial.

De recurso de reforma se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual informó el 27/02/2008 que de la lectura de las alegaciones en las que se fundamenta el recurso no se desprende motivo alguno que justifique la modificación del criterio adoptado y por ello solicitó la conformidad del Auto de 29/11/2007, por entender que es plenamente ajustado a derecho.

La pretensión fundamental que ejercita la defensa del interno P.P.S., es la de que se le aplique al mismo las previsiones que contiene el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, para poder obtener así una clasificación en tercer grado, todo ello debido al estado de salud que padece dicho interno.

Efectivamente el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, establece que los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, pueden ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

Desde que éste Juzgado dictó el Auto de 29 de noviembre de 2007, hasta el día de hoy, existe en las actuaciones un nuevo informe médico en relación con el estado de salud de P.P.S. que dado su contenido merece una atención especial.

Según el médico que ha estudiado y valorado al referido interno, el mismo se encuentra en estos momentos siendo tratado de hepatitis C, VIH (Sida) y Cirrosis Hepática, lo que le confiere un pronóstico vital severo que ha llegado a definirse como "pésimo". A esa situación médica actual hay que añadir que P.P.S. padeció en su infancia meningitis, sífilis, fue

operado de fístulas en el ano y de quistes dermatóides y ha sido un consumidor abusivo de drogas.

Todas estas circunstancias han dado lugar a un cuadro de anemia con disminución de hemáties y h hemoglobina, disminución de las plaquetas de leucopenia (3,7) de linfocitos y CD 4 (396) y aumento de la inmuglobina b (2,43) con cifras referentes de 0,7-1,80).

En opinión del médico, la patología sidosa y hepática de P.P.S., impone la necesidad de un tratamiento y control periódico médico estricto en medio ambulatorio, siendo esencial en el futuro un trasplante de hígado para el mantenimiento de su vida, siempre y cuando que la infección VIH que padece se lo permita.

El estado de salud del mencionado interno, fue también valorado por la Médico Forense de éste Juzgado, la cual llegó a la conclusión de que el pronóstico actual (mes de noviembre de 2007) era desfavorable a medio plazo, salvo complicaciones. También indicó la citada médico Forense que P.P.S., aunque limitada, tenía capacidad para delinquir. Sobre este punto el médico informante, afirmó que dada la psicopatología del interno no era verosímil que reincidiera en su vida delincencial.

Quien ahora resuelve ha tenido ocasión de entrevistarse personalmente en el día de hoy con P.P.S., el cual presenta un aspecto delgado con síntomas evidentes de tener un estado de salud muy debilitado por las enfermedades que padece.

El debate jurídico se centra en decidir si el estado de salud y las circunstancias que concurren en P.P.S., le hacen merecedor de aplicarle las previsiones legales que contiene el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario. Sobre esta cuestión conviene tener presente las consideraciones que el Tribunal Constitucional ha realizado para aquellos casos en los que entran en conflicto el cumplimiento de una pena privativa de libertad y el derecho a la vida y a la integridad física cuando el interno presenta una enfermedad grave.

En su sentencia 48/1996, el Tribunal Constitucional, proclamó los siguientes razonamientos jurídicos:

- La pena privativa de libertad no conlleva intrínseca e inevitablemente la limitación del derecho a la vida.

- La administración penitenciaria ha de cumplir con el mandato constitucional, no a través de una mera inhibición, sino mediante una función

activa para el cuidado de la vida, la integridad y en definitiva la salud de los hombres y mujeres privados de libertad y a ella confiados.

La relación especial de sujeción que vincula a la persona privada de libertad con la Administración penitenciaria permite limitar ciertos derechos fundamentales, pero como contrapartida impone a la Administración que proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resultan necesariamente limitados.

Partiendo de cuanto se acaba de señalar, el Tribunal Constitucional, afirma que para aplicar la normativa penitenciaria que permite la excarcelación de los enfermos graves, no hay que esperar a la concurrencia de una clara situación de terminalidad en el enfermo, pues ese criterio únicamente atiende al valor de defensa social, en detrimento del valor vida, a través del aseguramiento de que la capacidad criminal del penado se encuentra debilitada hasta parámetros próximos a la anulación.

Lo esencial para el Tribunal Constitucional, es valorar el riesgo que para la vida del interno muy grave e incurablemente enfermo, supone el mantenimiento por más tiempo de su estancia en prisión. Es decir, se podrá aplicar el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, cuando acreditado que el interno padece una enfermedad grave e incurable, su estancia en prisión incida desfavorablemente en su evolución con un empeoramiento de su salud, acortando así la duración de su vida, aún cuando no exista un riesgo inminente de su pérdida.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, puede afirmarse que P.P.S. por su patología sidosa y hepática requiere de un tratamiento y control médico que por su naturaleza le será mejor administrado si permanece un régimen de semilibertad que si continúa en prisión sometido al régimen de vida ordinario (clasificado en segundo grado). Los dos informes médicos existentes en las actuaciones, ponen de manifiesto, uno que el pronóstico vital del interno es desfavorable a medio plazo y el otro que su pronóstico es pésimo. Ante tales pronósticos médicos, el mantener en prisión a P.P.S., solo daría lugar a que su estado de salud evolucionara de forma negativa y en definitiva a acortarle la duración de su vida.

La interpretación que debe realizarse del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, debe ser generosa como se deduce de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, evitando que las razones humanitarias queden subordinadas a las consideraciones de peligrosidad criminal.

Por todo ello, teniendo en cuenta las razones humanitarias que concurren en éste caso y la dignidad y el respeto que merecen la vida e integridad física del interno, procede estimar el recurso de reforma presentado contra el Auto que dictó este juzgado el 29/11/2007 y dejar sin efecto el mismo así como la Resolución de 23/10/2007 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. En su lugar se acuerda clasificar en tercer grado a P.P.S., en la modalidad prevista en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, si bien para hacer compatible el tratamiento médico que precisa el mismo y el deber de custodia que sobre él tiene que realizar la Administración Penitenciaria, especialmente si se tiene en cuenta su amplia trayectoria delictiva, procede que el mismo pase a residir, junto con su compañera en el domicilio de ella, en Alcalá de Henares. Debiendo dicha señora acoger al interno y ofrecerle el cuidado y atención médica que requiere. Por parte de la Administración Penitenciaria se asignará al citado interno el mecanismo de control telemático más adecuado para conocer en todo momento donde se encuentra y para comprobar diariamente que permanece en su domicilio al menos las 8 horas que establece el artículo 86.4º del Reglamento Penitenciario, cualquier salida fuera de la localidad en la que fije su residencia, deberá ser previamente conocida y autorizada por la Administración Penitenciaria, salvo aquellas que tengan relación con visitas médicas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se Estima el recurso de reforma presentado por el Letrado, en nombre del interno P.P.S., contra el Auto que dictó éste Juzgado el 29 de noviembre de 2007, el cual se deja sin efecto al igual que la Resolución dictada el 23 de octubre de 2007, por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y en su lugar se acuerda clasificar a P.P.S. en tercer grado en la modalidad prevista en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario.

El citado interno pasará a residir en el domicilio de su compañera, en la localidad de Alcalá de Henares. La citada señora acogerá y ofrecerá a P.P.S. el cuidado y la atención médica que precise.

La Administración Penitenciaria, asignará al citado interno el mecanismo de control telemático más adecuado para conocer en todo momento el lugar en el que se encuentra y para comprobar diariamente que permanece en su domicilio al menos las 8 horas que establece el artículo

86.4º del Reglamento Penitenciario. Cualquier salida fuera de la localidad de Alcalá de Henares, deberá ser previamente conocida y autorizada por la Administración Penitenciaria, salvo aquellas que tengan relación con visitas médicas.

16.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 1 DE MADRID DE FECHA 30/05/08

Se estima recurso de clasificación en 3º grado artículo 83, con aplicación de medios telemáticos.

Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno A.O.J. del Centro Penitenciario de Madrid III formulando recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 14/03/08, por el que se acuerda su continuidad en tercer grado de tratamiento (art. 82.1 del Reglamento Penitenciario)

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los hechos motivo de queja.

Se remitió la queja al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de desestimar el recurso presentado por el interno.

De conformidad con lo dispuestos en los artículos 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 102 del Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996 de 9 de Febrero, para determinar la clasificación las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, procediendo la clasificación en tercer grado de aquellos internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, están capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

En el presente caso, procede estimar el recurso presentado por el interno A.O.J. contra la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 14/03/08 en la que acordó su continuidad en tercer grado (artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario).

El citado interno ha cumplido ya más de las 2/3 partes de su condena y su comportamiento en prisión es bueno, como lo prueba el hecho de estar clasificado en tercer grado durante algún tiempo.

Además con fecha 4/2/2008, éste Juzgado clasificó en tercer grado a A.O.J., en la modalidad prevista en el artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

El encontrar un puesto de trabajo y el mantenerlo es un hecho ciertamente difícil, cuando el interno se encuentra en el Centro Penitenciario Madrid III. La ubicación de ese Centro Penitenciario no facilita los desplazamientos, ya que además de estar alejado de los principales núcleos urbanos, no existe una red de transportes públicos que permita el acceso al mismo de forma adecuada.

A ese hecho incuestionable, hay que unir que el citado Centro Penitenciario, presenta en estos momentos unas cifras preocupantes de sobreocupación, hasta el punto que internos clasificados en tercer grado, se encuentran ubicados en el Módulo de ingresos, en unas condiciones de vida inadecuadas para ese grado de clasificación. Ante tal situación es preciso afirmar que el grado de clasificación de A.O.J., no puede verse condicionado, ni por la ubicación del Centro Penitenciario Madrid III, ni por el excesivo número de internos que allí se encuentran.

Por todo ello en el presente caso, al interno A.O.J., además de clasificarle en tercer grado en la modalidad prevista en el artículo 83 del Reglamento Penitenciario, se le aplicará también las previsiones que contempla el artículo 86-4º del citado Reglamento Penitenciario, de tal forma que mediante el dispositivo telemático que se considere mas oportuno, siempre que el interno acceda a ello, la Administración Penitenciaria, deberá controlar que el citado interno permanece en su domicilio las 8 horas que menciona ese artículo. En definitiva pasará a residir en su domicilio con el control antes indicado.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se Estima el recurso del interno A.O.J. del Centro Penitenciario de Madrid III contra el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 14/03/2008 clasificándole en tercer grado de tratamiento (artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario), que queda sin efecto, y en su lugar se acuerda clasificar al interno en tercer grado artículo 83 del Reglamento Penitenciario, aplicándole además las previsiones

contempladas en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, para que dicho interno pase a residir en su domicilio, con el control telemático que se considere más adecuado.

17.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ASTURIAS DE FECHA 01/10/08

Estimación de recurso contra acuerdo de clasificación en primer grado, dejándolo en segundo.

Con fecha 14 de agosto de 2008 se recibió en este Juzgado recurso interpuesto por el Letrado del interno F.J.B.P. contra la Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por la que se acordaba su regresión a primer grado, alegando en apoyo de su pretensión en los términos que obran en el expediente.

Incoado el correspondiente expediente, se acordó recabar el protocolo clasificatorio y la resolución impugnada; recibidos que fueron, se dio traslado al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida. Seguidamente se dio traslado al Sr. Letrado, que dentro del plazo concedido al efecto, formuló alegaciones en los términos obrantes en el expediente, aportando prueba documental.

Dispone el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en base a los estudios de los Equipos de Observación y Tratamiento y en su caso de la Central de Observación, resolverá los recursos referentes a clasificación inicial y progresión y regresión de grado, estableciendo los artículos 63 y 65 de la citada Ley Orgánica, en relación con los artículos 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario, que para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación del interno, se realizará su clasificación, tomando en cuenta no solo la personalidad e historial individual, familiar, social y delictivo del interno sino también la duración de la pena, medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso, así como el momento para el buen éxito del tratamiento, determinando la evolución en el tratamiento una nueva clasificación del

interno, dependiendo la progresión de grado de la modificación positiva de los sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva y se manifestará en la conducta global del interno entrañando un acrecentamiento de la confianza en él depositada, y la regresión de grado cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno.

En el presente caso la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la resolución objeto de impugnación, acuerda la clasificación del interno en primer grado de tratamiento en base a que "de su valoración se infiere una evolución negativa en la conducta del interno, que permite afirmar la presencia de manifiesta inadaptación a los regímenes ordinario y abierto por concurrir los siguientes factores: el pasado 24 de abril participa junto con otros internos en el intento de introducir en el Centro una mochila con objetos prohibidos, entre los que se encuentran diversos móviles con sus cargadores y sustancias tóxicas en cantidad que hace presumir su destino al tráfico".

Según consta en el protocolo clasificatorio el interno cumple una condena de 52 años de privación de libertad por causa por delito contra la salud pública, habiendo iniciado el cumplimiento el 27 de abril de 2007.

A tenor de los datos consignados en el PCD 3, el interno, a la fecha de la propuesta de clasificación, tenía una sanción sin cancelar derivada de los hechos en los que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias fundamenta su resolución y respecto de los cuales se siguió procedimiento penal que ha concluido el pasado día 23 de septiembre de 2008 mediante auto que acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la causa por considerar que no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa. No le constan al interno más sanciones anotadas, consta que venía participando en actividades tanto prioritarias como complementarias con evaluación normal, consignándose como factores de adaptación los de Primariedad delictiva, apoyo familiar y adecuado nivel formativo-educativo y como factores de inadaptación los de vinculación con grupos conflictivos de tráfico de drogas, ausencia de posibilidades de empleo u ocupación, asunción de valores marginales-delinCUenciales, escaso efecto intimidativo de la condena y aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario en el último año; constan asimismo informes de fecha 29 de mayo de 2008 en los que se refiere que "se prevee como suficiente el

ciclo corto del primer grado (6 meses)" y que "es interno primario, con buena conducta desde el inicio del cumplimiento hasta que ha sido involucrado en el tráfico de sustancias prohibidas, No realiza actividades desde la comisión del expediente disciplinario".

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expresadas, se entiende que la evolución del interno, aunque no pueda ser calificada como ciertamente positiva, no justifica suficientemente la resolución adoptada por el Centro Directivo.

Por todo ello,

Se acuerda estimar el recurso interpuesto y acordar la clasificación de F.J.B.P. en segundo grado de tratamiento con efectos del día de la fecha, 01-10-2008.

ACUERDOS DESESTIMATORIOS

18.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL DE FECHA 17/09/08

Continuidad en 2º grado. Improcedencia de expulsión ex artículo 89 del Código Penal.

Examinados por la Sala la Sentencia de cuya ejecución se trata y la condena impuesta en la misma al condenado, así como la comunicación remitida por el Centro Penitenciario y el informe emitido por el Ministerio Fiscal:

El artículo 8 del Código Penal establece que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordaran la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas parte de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un Centro Penitenciario de España.

Aunque el condenado ha cumplido las 3/4 partes de la condena, lo ha sido por un delito de tráfico de drogas cualificado por la concurrencia de las circunstancias de notoria importancia y de un delito de tenencia ilícita de armas, asimismo en el informe de la junta de tratamiento del Centro Penitenciario de Soria acordó su continuación en el 2º grado, debiendo, en consecuencia, continuar la ejecutoria de cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta en la antedicha sentencia en Centros Penitenciarios españoles.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resuelve:

Que el penado S.A.S., debe continuar cumpliendo la totalidad de la pena impuesta en sentencia firme en Centros Penitenciarios españoles.

19.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 04/03/08

Se desestima recurso contra regresión a 2º grado.

Por el interno en el Centro Penitenciario de Topas, J.M.A.H., se remitió a este Juzgado escrito interponiendo recurso de alzada contra la regresión a 2º grado de tratamiento, acordada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de fecha 11/02/2008.

Formado el oportuno expediente, se solicitaron los informes pertinentes y una vez recibido se dio traslado al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido que consta en el escrito unido.

El artículo 106.3 del vigente Reglamento Penitenciario dice "la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno".

Conforme a lo establecido en el artículo citado en el párrafo anterior, así como lo dispuesto en el artículo 102.3 del Reglamento, y constando que existe un pronóstico medio alto de reincidencia, según aparece en la propuesta de grado y destino acordada por la Junta de Tratamiento de Topas, en su sesión del día 29/11/2007, e importantes factores de inadaptación, es por lo que, a la vista de lo expuesto y el informe desfavorable

emitido por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el Recurso de Alzada interpuesto por el interno J.M.A.H. y ratificarle en el 2º grado de tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.2-f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En efecto, el interno presenta un entorno desfavorable de reinserción social con una deficiente vinculación familiar; carece de recursos alternativos de apoyo social; cuenta con reiterados fracasos en tratamiento para superar su adicción.

Le ha sido revocada la Libertad Condicional por incumplimiento de las reglas de conducta, al abandonar el programa de deshabitación al que estaba sometido.

Durante su estancia en Libertad Condicional realizó programa ambulatorio de Caritas-Salamanca y asistió al Centro de Día desde octubre de 2006 hasta marzo de 2007, que abandonó, tras recaer en el consumo, iniciando en abril programa de mantenimiento con metadona, que continúa en la actualidad.

En consecuencia, le fue revocada la Libertad Condicional en abril de 2007 por abandono de programa terapéutico.

De otro lado, se ha deteriorado la relación del interno con su familia de origen y ha perdido apoyo familiar y social.

El entorno social inmediatamente anterior a su reingreso en prisión se presenta desfavorable para su reinserción social.

Carece de hábitos laborales consolidados.

Es, por todo ello, por lo que procede la regresión a 2º grado de tratamiento, siendo necesario reiniciar el proceso de deshabitación en drogas y reforzar las relaciones familiares.

Se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por el interno J.M.A.H., contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de fecha 11/02/2008 y se le ratifica en el 2º grado de tratamiento; siempre y cuando no haya sido progresado por acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en una resolución posterior a la recurrida en el presente.

20.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 09/05/08

Desestimación de recurso contra ratificación en 2º grado y no progresión a 3º ex artículo 104.4

Por el interno del Centro Penitenciario de Topas se remitió a este Juzgado recurso contra el acuerdo de ratificación en segundo grado adoptado por la Junta de Tratamiento el día diez de enero de dos mil ocho, y solicitando su progresión al tercer grado, artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, aportando documentación sobre la enfermedad que padece.

Formado el oportuno expediente, se solicitaron los informes pertinentes y una vez recibido, y emitido informe por el Médico Forense, se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de que procede desestimar el recurso y ratificarle en el 2º grado.

El artículo 104.4 del vigente Reglamento Penitenciario, establece que "los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad", y a la vista de los informes emitidos por los Servicios Médicos del Centro Penitenciario de Topas, así como el emitido por el Médico Forense, donde se pone de manifiesto que en el presente caso no se dan tales circunstancias, teniendo en cuenta al mismo tiempo el informe desfavorable emitido por el Ministerio Fiscal, es procedente desestimar el recurso interpuesto por el interno y ratificar el segundo grado de tratamiento.

El interno padece una insuficiencia renal crónica, patología que puede considerarse permanente y progresiva. En la actualidad tiene severidad suficiente para precisar diálisis renal y está en lista de espera para trasplante. Aunque su capacidad para delinquir puede estar limitada para aquellos delitos que precisen una importante actividad física, tal y como informa la Sra. Médico-Forense, dicha enfermedad no merma la capacidad delictiva.

Así lo pone de manifiesto el informe de 3 de abril 2008 emitido por el Subdirector Médico del Centro Penitenciario.

En efecto el interno debe acudir periódicamente (actualmente, cada 3 días) a un centro hospitalario para realizar sesiones de diálisis, cuya duración son de unas cuatro horas. El resto del tiempo el interno puede realizar una vida normal, con una serie de medidas higiénico-dietéticas y terapéuticas, como consecuencia de la enfermedad crónica que padece.

Por lo tanto, la enfermedad no le merma sustancialmente en su capacidad para delinquir, no siendo de aplicación el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario.

En lo que se refiere a la aplicación del régimen general de cumplimiento en virtud del artículo 36.2 del Código Penal, que posibilite su progresión a tercer grado, dicha aplicación resulta prematura, ya que al día de hoy el interno ni siquiera ha cumplido la cuarta parte de la condena (3-05-2009).

Cumple la mitad el 16/12/2011 y la dejará extinguida el 14/03/2017.

En consecuencia es necesario un mayor periodo de observación de la evolución del interno que permita la consolidación de factores positivos.

Además, no parece coherente una petición de progresión a tercer grado cuando el interno está solicitando ir a cumplir a su país (Portugal).

En tal sentido, informa la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, en fecha 21/04/08.

Finalmente, diremos que son importante los factores de inadaptación que aparecen en la propuesta de Clasificación y destino de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, de fecha 10/01/08: tiempo que resta de condena, sin cumplir aún la mitad de la misma; ausencia de recursos alternativos de apoyo social; interno extranjero sin suficiente apoyo familiar o social; asunción de valores marginales y delincuenciales; falta de resistencia a los estímulos criminógenos; tipología delictiva y especial gravedad de los hechos por los que cumple condena (delito C.S.P.; pena de 10 años y 6 meses de prisión); cuantía de la pena impuesta.

Todo ello determina un pronóstico actual de reincidencia medio-alto.

En consecuencia, no procede la aplicación del artículo 36.2 del Código Penal, ni la progresión al tercer grado penitenciario.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Ministerio Fiscal en su informe de 8 de mayo de 2008.

Se desestima el recurso de alzada interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Topas, F.C.A.K. y se le ratifica, en el segundo grado de

tratamiento acordado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, de fecha diez de enero de dos mil ocho, salvo que se haya resuelto en fecha posterior a esta revisión de grado, la progresión por acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

No procede la aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en el artículo 36.2 del Código Penal.

21.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 24/10/08

Se inadmite la progresión a tercer grado, ex artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario.

El artículo 104.4 del vigente Reglamento Penitenciario, establece que "los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad", y a la vista de los informes emitidos por los Servicios Médicos del Centro Penitenciario de Topas, así como el emitido por el Médico Forense, donde se pone de manifiesto que en el presente caso no se dan tales circunstancias, teniendo en cuenta al mismo tiempo el informe desfavorable emitido por el Ministerio Fiscal, es procedente desestimar el recurso interpuesto por el interno y ratificar el segundo grado de tratamiento.

El interno A.A.C. es portador de infección por virus VIH con carga vírica baja, en tratamiento con retrovirales y sin complicaciones. Además presenta hepatitis crónica.

Padece de enfermedades crónicas que en la actualidad no presentan riesgo vital. En ningún caso, se encuentra afectada su capacidad para delinquir, por lo que no puede ser estimada la progresión de grado y posterior Libertad Condicional solicitada por el penado. Así queda acreditado con el informe médico-forense de 09/10/2008, que obra en la presente pieza.

Por otro lado, concurren importantes factores de inadaptación que impiden dicha progresión: reincidencia delictiva, imposición de sanciones graves o muy graves sin cancelar; ausencia de permisos que permitan valorar su adaptación; no consta satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito (518,36 euros); aún está lejana la fecha de cumplimiento de la condena (en concreto, el 24/04/2011).

Todo ello, determina un pronóstico actual de reincidencia medio-alto, tal y como se desprende de la propuesta de clasificación y destino de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, de 28/08/2008. En el mismo sentido se ha manifestado el Ministerio Fiscal en informe de 23/10/2008

Se desestima el recurso de alzada interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Topas, y se le ratifica en el segundo grado de tratamiento acordado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, de fecha 28/08/2008, salvo que se haya resuelto en fecha posterior a esta revisión de grado, la progresión por acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

CAPÍTULO VI

COMUNICACIONES

22.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 24/06/08

Desestimación de queja de admitir a una amiga en comunicación familiar.

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, examinado el expediente y visto el informe del Centro Penitenciario, debe señalarse que el interno pretende que dicha amiga entre en las comunicaciones familiares alegando el artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario:

"Prevía solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una".

Por otra parte el propio interno en su escrito habla de "amiga", y esa es la consideración que realmente debe tener, ya que consultado el registro de comunicaciones, dicha amiga únicamente le visitó en el año 2007 en tres ocasiones.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de

los preceptos del régimen penitenciario (argumento artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

Se desestima la queja del interno del Centro Penitenciario Ocaña I.

23.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 18/11/08

Se desestima queja por horario de celebración de comunicaciones íntimas.

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, examinado el expediente y visto el informe del Centro Penitenciario, debe señalarse:

1º El artículo 45 del Reglamento Penitenciario en sus puntos 1, 4, 5 y 6 establece que todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida. Previa solicitud del interno, concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan. Previa solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una. Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas.

2º Aclarar, en primer lugar que los horarios de comunicaciones de ese Centro Penitenciario tienen un carácter general y no traen la consecuencia de que los familiares de los citados internos "sufran la vulneración del derecho de visitas", como se afirma en su escrito. Es posible que sufran un perjuicio -igual que los familiares de otros internos-, pero no tiene su causa en una actuación arbitraria de la Administración Penitenciaria sino en la ponderación de los diversos intereses y factores a consideraren la organización de las comunicaciones.

La celebración en fines de semana solamente viene indicada de forma expresa para las comunicaciones orales, tanto en el Reglamento Penitenciario como en la Instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Al regular las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, el artículo 45.2 del citado Reglamento determina que los Consejos de Dirección de los Centros establezcan los horarios de celebración de dichas visitas. Ciertamente, en el sentido de favorecer al máximo su celebración teniendo en cuenta los intereses más generales y los condicionamientos derivados de las estructuras y personal de que se dispone.

Esta ponderación de intereses y medios ha sido razonablemente tenida en cuenta por el Consejo de Dirección del Centro al fijar la celebración en fines de semana no sólo de las comunicaciones orales sino también de las familiares, dejando el resto de los días para las comunicaciones íntimas y de convivencia.

Estos horarios se establecieron para garantizar que todos los internos pudieran disfrutar de las comunicaciones previstas en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario, procurando adaptarlos a las necesidades de los mismos tratando de conseguir que éstos puedan mantener los vínculos con su entorno familiar, y al mismo tiempo respetar la clasificación modular del centro, pero evidentemente debido al número de internos existentes en este centro, diversidad de situaciones personales de cada interno y de su entorno familiar (muchos de los internos son extranjeros y de otras provincias del territorio nacional e incluso siendo de Madrid sus familias trabajan de lunes a viernes), no se puede establecer un horario que satisfaga plenamente las necesidades individuales de cada interno.

Los días y horarios de comunicaciones no han sido fijados de manera arbitraria, sino todo lo contrario, intentando favorecer al máximo las relaciones de los internos con sus familiares.

En primer lugar, se tiene en cuenta que la mayoría de los familiares desempeñan o podrían desempeñar un puesto de trabajo con horario normalizado de lunes a viernes. También se considera que los menores están escolarizados, y por lo tanto, sujetos a un horario fijo de mañana y tarde de lunes a viernes. En consecuencia, sería menos gravoso para unos y otros los desplazamientos en fines de semana.

En segundo lugar se tiene en cuenta los locales existentes para las comunicaciones, 12 locutorios para comunicaciones orales, 4 salas para comunicaciones íntimas y familiares: De lunes a viernes dos de esas salas se usan para vis a vis íntimos y las otras dos para vis a vis familiares; los fines de semana se usan las cuatro salas para vis vis familiar, no dándose íntimos, pues son numerosas las familias que acuden a los familiares en fin de semana. Normalmente durante el fin de semana se dan unos 20-22 vis a vis familiares. En caso de usar las salas durante el fin de semana para vis a vis íntimos causaríamos un grave perjuicio a la mayoría de los internos y a sus familias, pues no podríamos dar los familiares en fin de semana, siendo los días en que acuden la mayoría de las familias. Con el actual sistema de comunicaciones se favorece a un mayor número de familias e internos.

3º.- En el presente caso, los internos pertenecientes a la organización terrorista ETA iniciaron con fecha 1 de septiembre de 2008 una huelga de hambre, situación en la que cesaron con fecha 19 de septiembre de 2008 al solucionarse el problema: los dos internos de dicho colectivo que no podían mantener comunicaciones íntimas durante la semana fueron trasladados a otro centro con el fin de que pudieran mantener comunicaciones íntimas durante el fin de semana. Hay que señalar, para terminar, que los posibles perjuicios que puedan sufrir los familiares en las visitas a los internos, cualesquiera que éstos sean, preocupan también a la Administración Penitenciaria, siendo su objetivo continuado mejorar este y otros servicios que permitan disminuir los efectos negativos de la prisión y facilitar la reinserción social. No todos los Centros Penitenciarios disponen de las estructuras y medios deseables ni siempre es posible conciliar todos los intereses individuales y públicos. En el caso concreto de ese Centro, está aprobado un proyecto para una sustancial ampliación de las dependencias destinadas a comunicaciones familiares e íntimas, de tal manera que puedan celebrarse éstas últimas en fines de semana, al menos

en los casos en los que se justifique algún impedimento de los familiares para celebrarlas el resto de los días.

En el escrito de queja presentado por el interno, manifiesta una serie de vulneración de derechos que realiza el Centro Penitenciario. Se considera que procede desestimar la queja del mismo, por cuanto no se queja de hechos concretos, sino lo que pretende es que el Centro Penitenciario acomode sus actividades a los internos de la organización terrorista ETA.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

Se desestima la queja del interno I.P.A. del Centro Penitenciario OCAÑA I.

24.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Se desestima comunicación convivencial por masificación del Centro Penitenciario.

La parte recurrente en apelación indica en su recurso que el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario establece que "se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas". El Centro Penitenciario desestima la solicitud del interno para acceder a esta comunicación de convivencia, considerando el apelante que lo es por resolución infundada, al hacerlo en virtud de "la situación actual de sobreocupación que se da en el Centro Penitenciario" y ser dicha motivación ajena a la voluntad del interno, provocando en éste la vulneración de sus derechos y conculcando el derecho de igualdad con otros internos de otras prisiones.

Así planteada la cuestión, debemos indicar que contra la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, resolviendo la queja interpuesta contra una resolución administrativa adoptada por el Consejo de Dirección del Centro Penitenciario de Burgos, no cabe recurso de apelación ante esta Sala, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que "1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria. 2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado...3. 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. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario".

En su virtud, la causa señalada y que debió ser de inadmisión del recurso de apelación intentado se convierte en causa de desestimación del motivo de apelación citado, señalando no obstante esta Sala que en la materia objeto de debate es de aplicación lo previsto en la Instrucción de fecha 4/05 de 16 de mayo que prevé como mínimo una comunicación de convivencia al trimestre, con lo cual lo acordado cumple el requisito legal establecido, siendo justificada la causa de su fijación mínima tal y como se certifica por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 20 de mayo de 2008 (folio 5 del expediente) al decirnos que con fecha 23 de enero de 2008, el Consejo de Dirección del establecimiento acuerda la concesión de comunicaciones de convivencia al trimestre. El acuerdo es motivado por el aumento de la población reclusa y la falta de locutorios para atender las necesidades. Tan solo se cuenta con tres locutorios para atender las comunicaciones familiares y de convivencia, estos locutorios comunican los internos del patio general y celular. Con el contingente de internos en dichos departamentos no se pueden dar las comunicaciones. Es decir, el acuerdo es motivado y no incumple el mínimo legal de las convivencias familiares que se fija en una al trimestre.

Por todo lo indicado procede la desestimación del motivo de apelación esgrimido y ahora objeto de examen.

Que procediendo la desestimación del recurso interpuesto por el interno, se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el interno contra el auto de fecha 24 de junio de 2008 que desestimaba la queja interpuesta contra el acuerdo del Consejo de Dirección del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 23 de enero de 2008 por el que se acuerda la concesión de una comunicación de convivencia trimestral para todos los internos, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 105/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, al no caber contra dicha resolución recurso de apelación en virtud de lo determinado en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, por ello, ratificar las referidas resoluciones en todos sus pronunciamientos, todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida.

25.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALICANTE DE FECHA 13/03/08

Necesidad de motivar las restricciones de forma individualizada.

En este Juzgado se recibió queja formulada por interno en el Centro Penitenciario de Alicante-1, sobre queja autorización llamadas telefónicas.

Según el artículo 76.2-g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas formuladas por los internos en relación con el régimen y derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

La motivación ofrecida por el Centro Penitenciario para restringir o incluso suprimir las llamadas telefónicas de los internos con el exterior, no se considera suficiente para limitar un Derecho Fundamental (artículo

18.3 de la Constitución). Téngase en cuenta que la regulación efectuada por vía reglamentaria (artículo 47 del Reglamento Penitenciario) viene siendo cuestionada desde la publicación del Reglamento Penitenciario por considerar que vulnera lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución. "El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los Derechos Fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria."

En todos los casos en que la sentencia que impone pena de prisión, no se restrinjan las comunicaciones, el penado podrá comunicarse con quien tenga por conveniente.

El Centro Penitenciario si considera necesario por motivos de seguridad, por sospechas fundadas o por otras causas que pueden surgir, podrá pedir la intervención de las llamadas a la autoridad judicial, con lo que se cumple toda la legalidad y al mismo tiempo se preserva la seguridad.

Por otra parte, los condenados por violencia de género a los que se les impone en el fallo de la sentencia la restricción de la comunicación con la víctima, se les puede exigir legalmente la presentación de la documentación para hacer sus llamadas.

No se opone por tanto esta Juzgadora a que se exija la documentación pertinente en los casos en que sea necesario para cumplir con el contenido de una sentencia, o por motivos de seguridad u otros necesarios que se valoren individualmente, pero sin que se adopte una medida restrictiva de forma generalizada, perjudicando a internos que sin ser sospechosos de nada, les es imposible aportar la documentación que se les exige.

En el presente caso, el interno, alega que no puede aportar la documentación, y del informe del Centro Penitenciario no se deduce de forma personalizada cual es la causa de suprimirle las llamadas.

26.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 24/06/08

Se estima que pueda tener comunicaciones familiares con sus dos esposas con una separación temporal mínima.

Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2-g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

El interno solicita poder tener comunicaciones familiares sólo con su mujer. El artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario establece: "Prevía solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una." Y el apartado 6: "Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas."

De su lectura resulta que la presencia de los hijos sólo es precisa en las comunicaciones de convivencia y no en las familiares, cuestión diferente es que el interno ha de efectuar la oportuna solicitud en los plazos fijados por el Centro Penitenciario.

El interno solicita, asimismo, comunicaciones íntimas con sus "dos esposas" porque su cultura musulmana le permite tener más de un cónyuge. Esta cuestión no está regulada reglamentariamente, pero la Instrucción 4/05 de 16 de mayo establece que no se concederán comunicaciones íntimas a los internos que hayan celebrado con anterioridad otras con persona distinta a la solicitada, en cuyo caso será necesario que exista, al menos, una relación de estabilidad de seis meses de duración, Instrucción que ha de interpretarse en el sentido de que han de transcurrir seis meses, como mínimo, entre la celebración de una comunicación íntima con per-

sona distinta a la última con la que se comunicó, previa acreditación de la relación de convivencia, relación acreditada en el presente supuesto pues el interno está casado con H.D. y tiene certificado de convivencia con Z.M., por tanto, deberá de elegir si comunica íntimamente con H.D. o con Z.M., debiendo de transcurrir seis meses sin comunicaciones íntimas con la elegida antes de que pueda cambiar.

Por último, poner en conocimiento del interno que sus hijos menores deberán de estar acompañados por su madre en las comunicaciones de convivencia que se realicen.

Se estima parcialmente la queja del interno.

27.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 15/09/08

Desestimación de queja por falta de acreditación de la condición "allegado" por el interno que solicita comunicar con él.

El interno formula queja porque el Centro Penitenciario no le autoriza las comunicaciones vis a vis con M.J.C.F., alegando como fundamento de su petición el contenido del artículo 41 del Reglamento Penitenciario. Del informe remitido por el Centro se desprende que se le han autorizado las comunicaciones con esta persona por locutorios.

La queja planteada debe resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento Penitenciario. Es jurisprudencia asentada que a los efectos de las comunicaciones previstas en el apartado 5º del precepto mencionado dentro del término "allegados" habrán de incluirse aquellas personas no unidas al interno por parentesco, pero que son próximas al mismo en virtud de relaciones sentimentales, de amistad, ideológicas, laborales, de vecindad u otras similares.

La dificultad práctica está en deslindar este término de allegados, que implica una mayor intensidad de la relación, de la mera amistad, al no poder aportar el interno documentación que acredite esa especial relación, aunque es cierto que en algunas ocasiones la condición de allegado es mucho más importante para la persona que la de un propio familiar, por lo tanto, será necesario analizar en cada caso los indicios tendentes a su acreditación, sin

que la mera alegación por parte del interno de que una persona es allegado pueda determinar, sin más, la autorización de las comunicaciones.

En el presente caso no existe ningún indicio de que en la persona con la que el interno solicita comunicación especial se de la citada condición (el recluso no ha aportado documento alguno que acredite la relación y únicamente ha comunicado con ella en una ocasión por locutorios, concretamente en el mes de mayo de 2008) y ante esta falta de acreditación de la condición de allegados de la misma, se desprende que la actuación de la Administración Penitenciaria ha sido correcta, no objetivándose abuso de poder o desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria.

Se desestima la queja del interno B.S.C. del Centro Penitenciario Ocaña I.

28.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 06/10/08

Se estima queja autorizando comunicaciones vis a vis íntimas con compañera con quien reanuda relación.

El interno formula queja contra la Dirección del Centro Penitenciario porque se le niega autorización para mantener comunicación vis a vis íntima con su compañera.

El Centro Penitenciario basa la denegación en que no puede considerar probada la existencia de una relación de afectividad entre el interno y la pretendida comunicante pues no se acredita documentalmente dicha relación de afectividad, ni existe una relación de estabilidad (comunicaciones ordinarias durante seis meses según la Instrucción 4/2005, de 16 de mayo), estimando que no puede considerarse consolidada la relación entre ambos, que arranca de finales de junio, en que comenzaron a comunicar por locutorios, llevando, por lo tanto, tres meses de relación.

La queja formulada debe ser estimada, puesto que cuando el recluso pretende comunicar en forma íntima con una persona a la que ha conocido tras su ingreso en prisión o cuando, como parece que sucede en este caso, se ha producido la reanudación de una relación anterior, la concesión de la

autorización para que la comunicación se lleve a cabo no puede hacerse depender de la valoración de la previa relación existente entre los comunicantes realizada por la Administración Penitenciaria, de modo que solamente se otorgue la autorización si la relación se considera intensa, estable o consolidada, denegándose en caso contrario.

Por el contrario, se entiende que esta valoración corresponde al recluso y a la persona con quien se solicita la comunicación que pueden ver restringida su libertad sexual por motivos injustificados o arbitrarios. Quien debe decidir si la intensidad de la relación de afectividad justifica el mantenimiento de relaciones sexuales o íntimas han de ser en todo caso los comunicantes y no un tercero.

Así pues, entiende este Juzgado que basta para conceder la comunicación vis a vis íntima que el interno lo solicite y la comunicante acuda voluntariamente a la comunicación, siempre que concurren signos o indicios de una relación previa anterior (en el presente caso el interno lleva comunicando por locutorios desde hace más de tres meses con su compañera), esto último con el fin de evitar las relaciones sexuales bajo precio.

Estimar queja: autorizar comunicaciones vis a vis íntima entre el interno y su compañera.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se estima la queja del interno N.A.M.C. del Centro Penitenciario Ocaña I, autorizándole comunicaciones vis a vis íntimas entre el interno y su compañera.

29.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 07/10/08

Estimación parcial de queja por suspensión de comunicaciones, rebajándola a 4 meses.

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno B.S.C. del Centro Penitenciario Ocaña I formulando queja sobre suspensión comunicaciones.

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de que consta en las actuaciones.

El artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

El artículo 41.1 del Reglamento Penitenciario recoge el derecho de los internos a comunicar periódicamente, de forma oral o escrita, con sus familiares, amigos y representantes acreditados, salvo en los casos de incomunicación judicial, pudiendo limitarse estas comunicaciones por las razones previstas en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en cuanto a las personas y al modo, por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Estas restricciones son una manifestación de la relación de sujeción especial que vincula al interno con la Administración del establecimiento, que le somete a un poder administrativo autónomo, en cuyo ejercicio la Administración está sujeta a normas legales de obligada observancia, y limitado por la finalidad propia de la relación interno-Administración y por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso.

En el presente caso, el interno, que tiene intervenidas las comunicaciones en virtud de una orden de la Dirección del establecimiento debidamente comunicada al Juzgado de Instrucción a cuya disposición se encuentra, realizó una llamada al teléfono de su madre el pasado 23 de julio, vertiendo en la misma graves insultos hacia el Director del Centro Penitenciario y, en consecuencia, se estima que la decisión del Centro de acordar la suspensión temporal de las comunicaciones del interno (a excepción de las comunicaciones con su letrado) es correcta y ajustada a Derecho, si bien esta Juzgadora entiende que el plazo de suspensión de seis meses es excesivo, debiendo quedar limitado a cuatro meses.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se estima parcialmente la queja del interno B.S.C. del Centro Penitenciario Ocaña I, reduciéndose la suspensión temporal de comunicaciones de seis a cuatro meses.

30.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 29/10/08

Estimación de queja para que las comunicaciones de convivencia tengan periodicidad mensual.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la ley .orgánica General penitenciaria, que determina las atribuciones del Juez de Vigilancia para hacer cumplir la pena resolver" los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pudieran producirse y especialmente correspondiéndole, según el apartado 2-g del citado precepto legal, acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, es necesario dar adecuada,' respuesta al escrito presentado por el interno.

Las comunicaciones de convivencia se pueden conceder a las personas presas para que se comuniquen con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos menores de 10 años.

Aunque la instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias señala que se celebrará una cada 3 meses, como mínimo; en realidad se deben celebrar una vez al mes, aunque el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario no diga nada acerca de la frecuencia. El argumento es claro. Uno de los objetivos del Reglamento Penitenciario es la apertura de las prisiones a la sociedad para que, entre otros fines, se potencien los vínculos entre los reclusos y sus familias, lo que se pretende conseguir mediante permisos, comunicaciones especiales y otros medios.

Hay que tener en cuenta, que las comunicaciones de convivencia favorecen el contacto con el núcleo familiar más directo, por lo que no resulta lógico que en estos casos se limiten las visitas a una al trimestre (Autos 539/00 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5.^a, de 28 de Abril de 2000.

En consecuencia, procede la estimación de la queja formulada por el interno.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 27/10/2008.

SE ESTIMA la queja formulada por el interno A.A.G., y se insta al Centro Penitenciario de Topas a que las comunicaciones de convivencia del recurrente se concedan con carácter mensual.

31.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 10/12/08

Desestimación de queja sobre comunicaciones orales.

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, L.M.M., quejándose de la forma de realización de las comunicaciones orales, en las que se dice se violan los derechos del menor hijo que tiene consigo a comunicar con sus familiares.

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de la misma.

Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de oponerse a lo solicitado.

Estudiado el contenido de la queja presentada por el interno, y a la vista del informe emitido por el Centro y el Ministerio Fiscal, procede acordar la desestimación de aquella por entender suficiente y justificante el contenido del primero y ser el mismo conforme a lo prevenido en el artículo 76.2 apdo. g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 42 y 45 del Reglamento Penitenciario.

La interna recurrente parece olvidar que se encuentra interna en un Centro Penitenciario, en donde tienen que existir unas mínimas normas de seguridad. Y, al efecto confunde las comunicaciones orales, previstas en el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, con las comunicaciones familiares y de convivencia revistas en el artículo 45. Pretendiendo así que se celebren todas de la misma manera, con lo cual, obtendría unos inusuales privilegios respecto del resto de internos e internas fuera de todo lugar. Las limitaciones y restricciones que pueda tener un menor, siempre de tres

años, que se encuentre con su madre en el interior del centro Penitenciario, no son si no una consecuencia obligada de la propia decisión de la madre de tenerlo consigo. Si estando dentro, queda restringido de una comunicación siempre directa y vis a vis con su padre, estando fuera quedaría privado de igual derecho frente a su madre e, igualmente, podría aducirse por la interna que el padre no puede besar a su hijo al ir a dormir, o cualesquiera otra circunstancia limitativa, obligada por la propia situación de la madre, de privación de libertad.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

Que debo desestimar y desestimo la queja presentada por la interna del Centro Penitenciario de Albolote, L, M. M., sobre comunicación en relación a su hijo menor de edad que tiene consigo en el interior del Centro Penitenciario.

CAPÍTULO VII

DERECHOS

32.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 02/10/08

Se deniega derecho a información sobre datos del protocolo.

Motivo de la queja es la denegación de acceso pleno al expediente penitenciario del recurrente, y en particular la falta de acceso a su protocolo de personalidad. Se alega que el derecho del interno a recibir información puntual y detallada de su situación penal y penitenciaria ha de extenderse al acceso directo a todo documento relativo a su persona, sin límite, secreto ni reserva alguna.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre tal cuestión, en el auto de 8 de abril de 2005 (Rollo nº 106/05), en el modo que sigue:

Es preciso distinguir entre los aspectos generales de la cuestión, en los términos que la misma se plantea en la queja, y la concreta aplicación u observancia de esos principios básicos respecto de las peticiones del interno.

Ciertamente, el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad. Este precepto viene a sintonizar con el artículo 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual establece que «los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en archivos administrativos..., siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados a fecha de la solicitud»

Pero el principio de publicidad de las actuaciones administrativas no tiene carácter absoluto, pues el propio artículo 37, en su punto 4 establece

su límite al disponer: «El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada».

Conjugando pues la debida observancia de este principio con su aplicación al ámbito administrativo/penitenciario podemos afirmar que el derecho que asiste a todo interno a obtener información puntual sobre los datos que consten en sus expedientes personales que afecten a su situación procesal, penal y penitenciaria, no presupone que haya que facilitarles, en todo caso, copia de documentos, ni siquiera que en algunas ocasiones no se pueda restringir o denegar el acceso a la documentación solicitada.

Siendo la regla general el acceso a la información, existen en el campo penitenciario numerosos supuestos en que la restricción a este derecho puede encontrar justificación, atendiendo a las características de cada interno, los posibles motivos de seguridad concurrentes respecto de las personas que hayan emitido los informes solicitados y que se encuentran en el protocolo del interno, que aconsejan mantener el debido grado de confidencialidad de los informes para evitar riesgos innecesarios para sus autores y para favorecer el acercamiento terapéutico (...)

Tales razones de seguridad o de otra índole (por ejemplo las peticiones abusivas o injustificadas), deben conforme a la legislación administrativa común citada al principio ser expuestas razonadamente al interno para que éste en caso de disenso las pueda recurrir y la Jurisdicción determine en definitiva si se han apreciado correctamente.

En este supuesto lo que el penado reclama es su estudio de personalidad, y las razones del Centro para negarse son las de que las apreciaciones y observaciones profesionales, subjetivas, y los datos concretos de esa naturaleza, afectan al enfoque profesional del tratamiento dado al penado, y su conocimiento podría hacer peligrar su eficacia. Esa reserva del mismo modo se daría en la vida libre.

Procede por consiguiente desestimar el recurso.

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por J.N.M., contra el auto dictado por la lltma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, con fecha 23-05-08, confirmamos íntegramente dicha resolución.

33.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ DE FECHA 24/11/08

Derecho de información de los internos sobre su situación procesal y penitenciaria y protocolo de personalidad.

Por auto de fecha 3/7/2008 el juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa Maria desestimó la queja formulada por el interno, J.J.M.G, elevada en escrito de fecha 2 de marzo de 2008.

Formulado recurso de reforma fue desestimado por auto de fecha 30/9/2008 y contra el auto desestimatorio de la reforma se interpuso recurso de apelación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y por el citado Juzgado en el Expediente número 168/08, admitió el mismo y se dio traslado al Ministerio Fiscal y se recibieron las actuaciones en la Audiencia Provincial, se formó el oportuno Rollo para conocer del recurso y se pasó al ponente para estudio, propuesta de deliberación y votación.

El elaborado recurso del letrado, y la queja del interno, obliga a esta Sala a diferenciar y acotar claramente el contenido del derecho de los internos a obtener información, por un lado, sobre su situación procesal y penitenciaria y, por otro lado, sobre su protocolo de personalidad. En el protocolo de personalidad es donde se recoge -artículo 62 a y b de la Ley Orgánica General Penitenciaria- cuantos datos, entrevistas e informes se realizan e incorporan para determinar el estudio del temperamento, carácter, aptitudes, evolución de su personalidad, sistema dinámico-motivacional, datos ambientales, individuales, sociales y familiares y cuantos datos sean relevantes para la clasificación del interno y, en general, cuanto afecte a su tratamiento –artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria-. En el protocolo se contiene cuanta información solicitan y elaboran los profesionales que integran los Equipos Técnicos y las Juntas de Tratamiento, opiniones, informes y datos obtenidos a través del conocimiento directo y está a disposición de tales órganos.

El artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce a los internos el derecho a ser informados de su expediente relativo a su situación procesal y penitenciaria. Este precepto dispone que se abrirá tanto un expediente personal relativo a la situación procesal y penitenciaria como un protocolo de personalidad. Sólo en relación al primero

reconoce este precepto a los internos el derecho de información, en concreto, el derecho a ser informados (nada dice de la posibilidad de obtener copia íntegra o acceso directo). Calla el precepto, esto es ya significativo, en relación con el protocolo de personalidad. El artículo 4.2 k del Reglamento Penitenciario vuelve a reconocer el derecho a recibir información personal y actualizada de la situación procesal y penitenciaria, pero vuelve a omitir el protocolo de personalidad. El protocolo de personalidad es un instrumento básico del diseño y evolución del tratamiento. El artículo 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dice que debe fomentarse en el interno la participación en la ejecución y planificación de su tratamiento debiendo estimularse el interés y colaboración del interno. Este es el motivo que esgrime el interno para acceder al Expediente y así mejorar en su tratamiento, lo que, como motivación loable, no dudamos. Pero en ningún momento se habla en la Ley Orgánica General Penitenciaria ni el Reglamento de desarrollo del derecho específico del interno a acceder al protocolo de personalidad de forma directa. Es el artículo 112.2 del Reglamento Penitenciario el que, con este fin participativo del interno, dice que el Equipo Técnico le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlo. La legislación penitenciaria no ha sido, consecuentemente, inespecífica o poco detallista en la regulación del derecho de información de los internos o, al menos, entenderlo así sería un juicio apresurado.

Debe, ya lo avanzamos, distinguirse en esta materia en primer lugar el derecho de los internos a la obtención de información, por así decirlo, objetiva y de carácter no estrictamente tratamental: situación procesal y penitenciaria, sanciones que figuran anotadas en su expediente, méritos, permisos concedidos, etc. Este derecho de información si está reconocido a los internos.

A este respecto, es preciso recordar que la situación de penado no priva de otros derechos que los específicamente afectados por la pena y aquellos otros que, por el contenido de la relación de sujeción especial, resulten modulados en su ejercicio (artículo 3 de la Ley General Penitenciaria), por lo que los derechos de los internos no pueden ser restringidos sino cuando lo dispongan las leyes (artículo 3.2 del Reglamento). Por ello, en línea de principio, se ha de garantizar al interno en un Centro Penitenciario igual derecho a la información que a cualquier otro ciudadano, salvo que una norma legal lo impida o salvo que se impongan, en el

ámbito penitenciario, razones de seguridad, orden público o por razones de tratamiento. Así, ante todo, el interno puede reclamar el derecho de acceso a los registros y archivos de la Administración (artículo 35 h) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), derecho que, en todo caso, corresponde al interesado o afectado (artículo 37.2) e incluye el de obtener copias y certificados de los documentos cuyo examen haya de ser autorizado por la Administración (artículo 37.8), que no puede ser limitado sino desde dos puntos de vista: 1.º de forma absoluta, cuando prevalezcan razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o cuando lo prohíba una Ley, supuestos en que procede la denegación (artículo 37.4), y 2.º de forma relativa, afectante únicamente a la modalidad o forma de acceso, pues este derecho ha de ser ejercido de manera que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 37.7). En este sentido, razones de eficacia en el servicio pueden legitimar la imposibilidad del acceso directo o la obtención de copias de los archivos informáticos de la Administración, pero la información ha de ser suministrada en todo caso y de forma suficiente.

Tan amplia regulación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos se ve reforzada, necesariamente, cuando el contenido de ellos afecta directamente a la esfera jurídica del solicitante, pues en tal caso, ese derecho se convierte en instrumental o medial de otros derechos del titular, en cuanto el conocimiento del contenido de los archivos es medio de ejercicio de ese otro derecho, por ejemplo formular peticiones y quejas –artículo 4.2 j) del Reglamento Penitenciario–.

Esta regulación general es perfectamente compatible con la establecida en el Reglamento Penitenciario, que en el artículo 4.2 k) reconoce el derecho del interno a recibir información personal y actualizada de su situación penitenciaria, a cuyo fin, según se infiere del artículo 18, se incoa, al ingresar en prisión, el correspondiente expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria "de la que tendrá derecho -se reitera- a ser informado."

Es claro por tanto que el interno tiene derecho a ser informado de su situación procesal, penitenciaria, sanciones, cancelaciones, permisos, recompensas y beneficios penitenciarios de que haya gozado y sólo razones de eficacia en la gestión y prestación del servicio harán viable o no la obtención de copias o el acceso directo a la información que, en todo caso, ha de ser suministrada al interno.

En materia de protocolo la cuestión es, sustancialmente, distinta. La elaboración de estos protocolos no se hace para conocimiento del interno sino para uso y conocimiento de los órganos colegiados que intervienen en materia de Tratamiento o en cualesquiera materias relacionadas con el Tratamiento. Las decisiones de estos órganos colegiados están motivadas y en la notificación de los acuerdos administrativos adoptados dicha motivación es transmitida, en mayor o menor grado, a los internos y la exteriorización de esa voluntad emanada del ente, que trasciende a la de sus miembros, si es conocida y accesible. Pero nada tiene que ver con el acceso directo al Protocolo. Como explica el Director del Centro Penitenciario en su informe incorporado al expediente de Queja, y lo asumimos como propio, si la Ley o el Reglamento hubiera querido reconocer a los internos un derecho de información sobre el protocolo de personalidad, -no se olvide, instrumento básico en el diseño y ejecución del Tratamiento, multidisciplinar, progresivo y dinámico, por definición- o un derecho a obtener copia del mismo, así lo hubiera reconocido expresamente, pero no ha sido así. Y teniendo en cuenta la información que en el Protocolo puede contenerse es claro que el conocimiento por el interno de datos afectantes a su personalidad, de múltiples y variadas imbricaciones, puede resultar contraproducente a los fines propios del tratamiento, cuando no, la necesidad de no verse afectada la seguridad de los profesionales que intervienen en su elaboración.

No existe, por tanto, un derecho del interno a obtener copia del Protocolo de personalidad ni un deber de informar sobre concretos y puntuales aspectos, datos, entrevistas o informes recogidos en dicho protocolo. Este es el criterio que nos parece más razonable.

Naturalmente, hay dos matizaciones que añadir:

1.- No existe un derecho de acceso directo al Protocolo o de información sobre aspectos puntuales del Protocolo en favor del interno pero, claro está, sin perjuicio del acceso a los informes que obren en los procedimientos sustanciados ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pues así lo impone el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa –artículo 24 de la Constitución Española-.

2.- Si existe un derecho del interno a recibir información en relación con el Tratamiento, esto es, los objetivos a alcanzar, los medios más eficaces de obtenerlos, en definitiva todo lo necesario para permitir al interno la colaboración y participación en el Tratamiento y su buen éxito

–artículo 112.2 del Reglamento Penitenciario-. Pero esto no significa acceso directo ni obtención de copia del Expediente ni derecho de información completa sobre datos, entrevistas, informes, etc. concretos contenidos en el Protocolo.

Este es, además, en esencia, el criterio asumido por el propio Centro Penitenciario pues el Director del Centro, en su informe remitido al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, refiere que se da a los internos que lo solicitan, verbalmente o por escrito, información en relación con el Tratamiento pero no entrega de copia del Protocolo ni de informes a él incorporados o datos concretos contenidos en él.

En consecuencia, el auto debe ser desestimado pues no tiene el interno derecho a obtener copia de su Protocolo de Personalidad.

Ahora bien, a la queja inicial, formulada con tal objeto, y registrada en el Juzgado de origen con el número 168/2008 se ha acumulado por auto otra queja posterior, de fecha de 2 de junio de 2008, registrada con el número 607/2008, en la cual el motivo de la queja está relacionado con el primero pero es, realmente, distinto. En esta segunda queja el interno dice que no se la ha informado de la existencia de expedientes sancionadores cancelados o sin cancelar y notas meritorias en su expediente. También decía que no se le había suministrado información sobre las «carencias y necesidades que se observan en mi tratamiento». El informe del Director del Centro evacuado en la primera queja no daba una contestación individualizada a esta 2ª queja del interno, entre otras cosas porque la queja aún no se habla formulado. No sabemos por tanto si el Centro Penitenciario - el interno ha adjuntado la copia de las instancias donde pedía dicha información- en cumplimiento del criterio general asumido y evidenciado en el oficio del Director, totalmente compartido por la Sala, de dar a los internos información en relación con el Tratamiento, verbalmente o por escrito, pero no copia del Protocolo, le ha suministrado a este interno la que había solicitado en su día en grado suficiente y razonable, como tampoco en relación con sus sanciones y notas meritorias. En el expediente incoado con motivo de esta segunda queja, la Juez de Vigilancia libró oficio al Centro Penitenciario para que informara sobre los términos concretos de la queja, providencia de 23 de julio de 2008, obrando copia del oficio, reiterado por otro de septiembre de 2008. La contestación del Centro Penitenciario no consta.

La juez en el auto de 30 de septiembre lo que hace es resolver la reforma del interno contra el auto inicial desestimatorio de la primera queja -escrito de reforma del interno de 22 de julio de 2008-. En los antecedentes de hecho de este auto de 30 de septiembre no se menciona el escrito de queja de 2 de junio de 2008. Bien al contrario, en los antecedentes del auto de 30 de septiembre de 2008 expresamente se menciona sólo el auto desestimatorio de la queja inicial y el motivo de la misma «entrega de copia de su protocolo y programa de tratamiento». Desconocemos, por tanto, qué criterio tiene la juez en relación con la segunda queja del interno pues los antecedentes de hecho nada mencionan sobre ella y en el fundamento jurídico único se despacha la juez diciendo textualmente que sí el interno recurre la denegación de un permiso el Centro Penitenciario remite un expediente a petición del Juzgado donde, entre otra documentación, aparece el informe del Equipo Técnico y otros informes del Equipo sobre el interno y que han servido a la decisión de la Junta de Tratamiento y que para la elaboración de estos informes los profesionales se entrevistan con los internos recabando información de los mismos y contestando a sus demandas de información.

La Juez ha incurrido en incongruencia omisiva. No sabemos si estos argumentos los esgrime la juez en respuesta a la reforma contra la queja inicial o a la queja posterior. Y, en todo caso, a esta indefinición en cuanto al objeto, añadimos que la Juez estarla resolviendo una queja, la segunda, muy concreta de un interno concreto, en base a consideraciones sobre lo que en la mecánica habitual y, en general, se viene realizando. La 2ª queja del interno, que entendemos ha quedado sin respuesta, se formula en relación con un caso concreto y particular que al interno afecta. Por otra parte, el propio oficio del Director del Centro Penitenciario decía que a los internos se les suministra información, verbal o por escrito, en relación con su tratamiento, al margen de las resoluciones motivadas emanadas de los órganos competentes en materia de tratamiento, especialmente en materia de permisos. Y no conocemos el informe del Centro Penitenciario en relación con esta queja concreta.

Procede por tanto que la Juez, una vez obtenido el informe del Centro Penitenciario en relación con la queja nº 607/2008, resuelva con independencia de criterio y con el rigor que siempre emplea en sus resoluciones, y a esta Sala consta, sobre dicha queja y que ha quedado sin respuesta.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables.

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por el letrado señor I.A.M. en nombre y representación del interno J.J.M.G. contra el Auto de fecha 30 de septiembre de 2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María en el Expediente número 168/08 y, en su consecuencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN en cuanto reproduce los fundamentos del auto recurrido de fecha 3/7/2008, que igualmente se confirma.

SEGUNDO.- Que debemos ordenar y ordenamos al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que reitere el oficio librado, por dos veces, al Centro Penitenciario en su día, y que tenía por objeto informar sobre el contenido de la queja del interno de fecha 2 de junio de 2008 y, una vez evacuado, resuelva sobre el contenido de la misma.

34.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 13/05/08

Se desestima queja por cacheo de celda sin estar presente la interna.

Por el interno M.S.R.C., se formuló la queja cuyos datos obran unidos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la ley Orgánica General penitenciaria, que determina las atribuciones del Juez de Vigilancia para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse y especialmente correspondiéndole, según el apartado 2-g del citado precepto legal, acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, es necesario dar adecuada respuesta al escrito presentado por el interno.

Interesa la interna de referencia que se declare la invalidez del registro realizado en su celda, por no haber sido citada para estar presente en el mismo.

Ha suscitado cierta polémica la medida de registro de la celda del interno, acerca de la exigencia de presencia del mismo durante su práctica.

Este Juzgado entiende que no es necesaria dicha presencia, ya que ningún precepto legal ni reglamentario impone directamente la presencia del interno que ocupa la celda durante su registro, y los únicos presupuestos formales se derivan de lo dispuesto en el artículo 68.5 del Reglamento Penitenciario documentación del acto por medio de parte dirigido al Jefe de Servicios, con las garantías formales derivadas de la presunción "iuris tantum" de veracidad de todo documento oficial, y sanción penal de falsedad documental caso de mendacidad. Esta posición cuenta con el respaldo directo de las Sentencias del Tribunal Supremo 1165/1985 de 24 de noviembre, 515/1998 de 06 de abril y 26/03 de 22 de enero. A nivel de jurisprudencia menor, Audiencia Provincial 131/02 Córdoba (Sección 2ª), de 12 de Noviembre; Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3ª), recurso de apelación nº 12/02...

En cualquier caso, la práctica habitual es que los cacheos de las celdas se realicen en presencia de los internos, tal y como pone de manifiesto el informe emitido por el Centro Penitenciario de Topas, de fecha 03/05/08, que hacemos nuestro.

En consecuencia, procede la desestimación de la queja formulada.

A esta convicción llega el proveyente a quo después de valorar libre y soberanamente la prueba practicada en autos, según las reglas de la sana crítica, consistente dicha prueba en los informes del Centro Penitenciario solicitados a instancias judicial para clarificar el asunto, y que evidencian lo que anteriormente ha quedado indicado, sin que sirvan las meras alegaciones del interno para desvirtuar el informe oficial emitido por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones, teniendo la consideración de prueba semiplena (que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, que no ha sido el caso), al no ser el Centro Penitenciario parte procesal en estas actuaciones de Vigilancia penitenciaria, y sí ser un órgano informante del juez, a tenor del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

SE DESESTIMA la queja interpuesta por M.S.R.C., interno en el Centro Penitenciario de Topas, en base al Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución.

35.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NUMERO 1 DE MADRID DE FECHA 02/06/08

Se estima parcialmente queja por vulneración del derecho a la intimidad del interno en cacheo.

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.M.C.N. del Centro Penitenciario Madrid III, formulando queja por cacheo con desnudo integral.

- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido, de desestimar la misma.

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que puedan experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

A la vista de la información recibida desde el Centro Penitenciario Madrid III, la queja presentada por el interno A.M.C.N., debe ser en parte estimada, ya que según el mencionado Centro Penitenciario, en el supuesto que ahora se valora, existían motivos de seguridad concretos y específicos que justificaban la realización del cacheo con desnudo integral a A.M.C.N. y a otros internos, ya que se había producido momentos antes una agresión utilizando un pincho de 12 centímetros de longitud, y era necesario encontrar ese objeto punzante y peligroso.

En este sentido puede afirmarse que la persona responsable de ordenar esos cacheos respetó lo dispuesto en el artículo 68-2 del Reglamento Penitenciario, así como lo declarado por el Tribunal Constitucional en su

sentencia nº 57/94, la medida adoptada (cacheo con desnudo integral) estaba justificada por razones de seguridad y orden. Ahora bien, el citado artículo y la mencionada sentencia también exigen que una medida tan invasiva para la integridad de una persona se practique "sin la presencia de otros internos y preservando en todo lo posible la intimidad".

En el informe recibido del Centro Penitenciario Madrid III, de fecha 13 de mayo de 2008, se afirma que "cuando se va a realizar un cacheo integral a un recluso, en condiciones normales diferentes a las de esta ocasión, se ordena por el Jefe de Servicios que debe realizarse el mismo, salvaguardando la intimidad del interno...". Del contenido de cuanto se acaba de indicar, se deduce que en el caso al que se refiere el interno A.M.C.N., el cacheo se efectuó tal y como el mismo refleja en su escrito de queja, pues el informe no niega lo afirmado por el interno, es decir, "en el descansillo de las escaleras, todos juntos como ganado/animales" sin que se les proporcionara una bata.

El artículo 68 del Reglamento Penitenciario, no distingue la forma en la que deben realizarse los cacheos, no existen por tanto cacheos con desnudo integral en "condiciones normales" y otros realizados en otras "condiciones". En todos los casos, hay que realizar esa medida "sin presencia de otros internos" y "preservando en todo lo posible, la intimidad".

Como quiera que en este supuesto, aunque el cacheo estaba justificado, pero no se respetaron los requisitos exigidos para su realización, procede estimar en parte la queja presentada por el interno A.M.C.N. y declarar que el 9 de abril de 2008, se practicó de forma inadecuada un cacheo con desnudo integral al mencionado interno, vulnerándose de manera manifiesta su derecho a la intimidad.

Se estima en parte la queja presentada por el interno A.M.C.N., respecto a la forma en la que se le realizó el día 9 de abril de 2008 un cacheo con desnudo integral en el Centro Penitenciario Madrid III y en su consecuencia se declara:

1º.- Que el cacheo estaba justificado por motivos de seguridad y orden en el Centro Penitenciario

2º.- Que el cacheo se realizó en presencia de otros internos y sin facilitarle una bata.

3º.- Que con ese cacheo se vulneró el derecho a la intimidad de A.M.C.N.

4º.- Póngase en conocimiento del Centro Penitenciario Madrid III para que en lo sucesivo se respete , respecto a la forma en la que se deben realizar los cacheos, lo dispuesto en el artículo 3º del artículo 68 del Reglamento Penitenciario.

36.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 18/11/08

A la entrega al interno de las normas de régimen penitenciario y otras.

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno F.C.M.Z., sobre la negativa a la entrega de las normas de régimen del centro penitenciario y otras.

Se han recabado informes del Centro Penitenciario donde se encuentra acerca de dicha queja.

Pasado el expediente al Ministerio Fiscal, por éste se ha informado en el sentido obrante en actuaciones, de interesar su desestimación.

Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

El interno se queja, en primer lugar, de que el Jefe de Servicios nº 35 se niega a cursar un recurso de queja que le presenta por utilizar tres impresos A.1, en lugar de folios en blanco. Considerando que los impresos utilizados por el interno son los que están á su disposición para formular

peticiones y quejas, y que no consta que exista una norma de régimen interior que establezca que dicho impreso sólo deberá de ser utilizado como primera página, la queja del interno ha de ser estimada.

Asimismo, el interno denuncia la vulneración de los artículos 49 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 21 y 52 del Reglamento Penitenciario.

El artículo 49 citado establece: "Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. A quienes no pueden entender la información por el procedimiento indicado, les será facilitada por otro medio adecuado".

Por su parte, el artículo 52 del Reglamento Penitenciario desarrolla el citado precepto afirmando: "1.- Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro Penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro Penitenciario."

Del informe remitido por el Centro Penitenciario, se desprende que la información que demanda el interno está a su disposición en la Biblioteca y en las oficinas de funcionarios de cada departamento, pero no consta que se entregara al interno a su ingreso en el Centro, como exigen los preceptos legales y reglamentarios mencionados. En consecuencia, procede estimar su petición, debiendo de recibir del Centro Penitenciario la información escrita solicitada.

Se estima la queja del interno F.C.M.Z.

CAPÍTULO VIII

EXPULSIÓN

37.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA/LEÓN DE FECHA 10/10/08

Resolución Administrativa de expulsión. Se estima el recurso contencioso-administrativo contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo que revocaba la resolución administrativa de expulsión.

SENTENCIA APELADA Y ALEGACIONES DE LAS PARTES.

La sentencia objeto de apelación estimó el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por R.H.C.M., de nacionalidad colombiana, contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en León de 22 de marzo de 2007, por la que se acordaba su expulsión del territorio español con prohibición de entrada por un periodo de diez años, anulando dicha Resolución, por entender, en esencia, y con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 27 de junio de 2000, que siendo la causa de expulsión la prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, es decir, haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año –en este caso, pena de tres años de prisión por delito de homicidio en grado de tentativa-, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados, y no apreciándose vulneración de los principios del non bis in idem, pues los hechos y el fundamento sancionador son distintos en el proceso penal y en el expediente administrativo de expulsión; de motivación, al constar la causa de la expulsión; ni de proporcionalidad, ya que no puede imponerse otra sanción alternativa, no apreciándose indefensión material por no haberse incorporado al expediente su escrito de alegaciones, las que se han podido reproducir en el juicio, ni habiéndose tampoco acreditado que

el recurrente sea beneficiario de una prestación contributiva por desempleo, siendo irrelevante la circunstancia o no de arraigo ya que no cabe la sustitución por la sanción de multa, sin embargo, dado que la orden de expulsión se dicta cuando el recurrente está todavía cumpliendo la condena -que finalizaría el 12 de enero de 2009-, es el Juez o Tribunal sentenciador el que durante la ejecución y cumplimiento de la condena pueda ex artículo 89.1 del Código Penal sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional y prohibición de regreso con archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España, por lo que el acuerdo de expulsión de la Administración podría interferir en una competencia que corresponde en exclusiva a la jurisdicción penal, además de que, siendo dicho acuerdo técnicamente ejecutivo, no podría ejecutarse ex artículo 64 de la Ley Orgánica de Extranjería y 141 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, ni tampoco podrían concederse ex artículo 57.4 de la Ley Orgánica de Extranjería las autorizaciones especiales para trabajar, lo que así ha ocurrido en este caso en cuanto interno calificado en tercer grado.

La Abogacía del Estado, con citas de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, de 9 de junio de 2006 y 14 de septiembre de 2007, alega en apelación que, aunque hay que admitir que mientras el extranjero está en prisión no puede ejecutarse la resolución administrativa de expulsión ya que con carácter previo es necesario el cumplimiento de la sentencia condenatoria, sin embargo, la ejecutoriedad de los actos administrativos no es un elemento esencial de los mismos determinante de su invalidez o ilegalidad, pues con carácter general la eficacia del acto puede quedar demorada ex artículos 53.2 y 57.2 de la Ley 30/92 cuando así lo exija el contenido del acto, lo que sólo supone que su ejecución debe ser suspendida hasta que sea susceptible de ser cumplido, en este caso, cuando el condenado a pena de prisión quede en libertad; que la expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal como sustitutiva de una pena privativa de libertad se configura como una sanción, expresión de la potestad punitiva del Estado, mientras que la contemplada en la de la Ley Orgánica de Extranjería se configura como una causa de expulsión de naturaleza no sancionadora, lo que es congruente con la no vulneración del principio non bis in idem que reconoce la sentencia, siendo por otro lado el presupuesto normal de la expulsión administrativa de acuerdo con su naturaleza que las personas a las que se aplique estén cumpliendo condena, no existiendo precepto alguno que impida

a la Administración resolver sobre la concurrencia de la causa de expulsión por más que no pueda ejecutarse en el caso del que el Juez penal sustituyese la pena de prisión por la expulsión, sin que en otro caso pueda hacerse efectiva en tanto no se haya cumplido la pena de prisión, insistiendo en que la sentencia olvida la posibilidad de que la eficacia de la resolución impugnada pueda demorarse al momento en que las circunstancias concurrentes permitan su concreta y efectiva ejecución, dado que su contenido así lo exige, por adecuarse al ordenamiento jurídico, en este caso a la normativa penal; y que la autorización de trabajo concedida posteriormente al recurrente, en tercer grado penitenciario, por Resolución del Subdelegado del Gobierno de 15 de octubre de 2007, le faculta para trabajar únicamente durante el tiempo que le reste para cumplir su condena, por ser éste el presupuesto básico de aquella autorización, lo que en nada interfiere a la actual vigencia y eficacia demorada de la resolución que acordó su expulsión.

El interno se opone a la apelación reproduciendo sus reproches sobre las diversas irregularidades -no constancia de sus alegaciones- o errores del procedimiento administrativo; que el acto administrativo es inválido ya que si fuera válida su ejecución debería ser inmediata y ello invadiría el ámbito de la esfera penal, como así lo reconoce el juzgador de instancia, de ahí que la Administración deba esperar a la finalización de la condena para la posible iniciación del expediente administrativo sancionador, máxime cuando se le ha concedido la correspondiente autorización para trabajar, encontrándose incorporado en la actualidad a la vida laboral; que cuando fue condenado se encontraba en situación legal en España, e incorporado ininterrumpidamente a la vida laboral, con amplio arraigo en España y actualmente casado desde el 25 de enero de 2008 con una nacional española, atentando su expulsión al derecho al respeto de su vida privada y familiar; que la jurisprudencia respalda la no expulsión del extranjero condenado penalmente cuando en el mismo concurren circunstancias que acreditan el arraigo social y familiar (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio y 11 de octubre de 2005 y 31 de mayo de 2006); que de mantenerse la expulsión se le estarían restringiendo las posibilidades de reinserción social y laboral, cuyo paso previo en orden a una ulterior regularización ya se ha iniciado con la autorización de trabajo que le ha sido concedida, siendo la propia de la Ley Orgánica de Extranjería la que recoge la posibilidad de conceder o renovar una autorización de residencia y trabajo a aquellas personas que hayan sido condenados penal-

mente, valoración individual que no se ha efectuado por la Administración; que pese a su condena no puede decirse que su permanencia en España constituya ahora una amenaza real y suficiente para el interés o seguridad pública.

SOBRE LA SUPUESTA IMPOSIBILIDAD DE ACORDAR ADMINISTRATIVAMENTE LA EXPULSIÓN DE UN EXTRANJERO MIENTRAS ESTÉ CUMPLIENDO CONDENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Como hemos visto, la Resolución impugnada de la Subdelegación del Gobierno en León de 22 de marzo de 2007, en expediente iniciado en fecha 28 de febrero anterior, acordó la expulsión del recurrente con prohibición de entrada por un periodo de diez años con fundamento en lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en cuya virtud "Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados", siendo hechos indiscutidos que R.H.C.M. fue condenado por la Audiencia Provincial de León por delito de tentativa de homicidio a tres años de prisión, cuyo cumplimiento finalizaría el 12 de enero de 2009. Por otro lado, el artículo 89 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala que "1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán 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.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España".

La sentencia de instancia cita en apoyo de su fundamento la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 27 de junio de 2000, la cual señala que mientras el interesado cumple condena (privativa de libertad superior a seis años) "donde se encuentra realmente es en la situación contemplada en el inciso segundo del nº 1 del artículo 89 del Código Penal, lo que supone quedar el acuerdo de expulsión del territorio nacional sujeto a la exclusiva decisión de los Jueces y Tribunales del orden penal y bajo el cumplimiento de las exigencias previstas en dicho precepto del ordenamiento punitivo, sin tener, por tanto, predicamento alguno la intervención de la autoridad administrativa", circunstancia, la de cumplimiento actual de condena, que sin embargo no se consideró relevante en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, de 9 de junio de 2006 y 14 de septiembre de 2007, citadas por la Abogacía del Estado. Finalmente, el recurrente, ahora apelado, cita en apoyo de su tesis de que la condena y la expulsión supone una dualidad de sanciones la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1, de 31 de mayo de 2006, entre cuyos pronunciamientos y sobre la eventual aplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, todo ello en el marco del proceso penal, señala entre otras consideraciones que "En la regulación actual se encuentran elementos que requieren una apreciación previa, como es el relativo a la calificación de ilegal de la residencia en España... exige atender a la naturaleza del delito..., requiere una oportunidad de toma de postura, de alegaciones e incluso de pruebas...", y que dado que "La expulsión nunca fue pedida por el Ministerio Fiscal, antes, en o después del juicio. El carácter ilegal de la residencia en España del acusado apareció por primera vez en el factum de la sentencia. La Audiencia determina la procedencia de la expulsión sin otra motivación que el tenor de lo dispuesto en el artículo 89.1º del Código Penal, con todo ello no sólo resulta incumplido lo establecido en el artículo 120.3 de la Constitución Española, sino también quebrantados los derechos a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión; aparte de que, cuando se acordó la expulsión, el acusado ya llevaba más de siete

meses privado de libertad, por lo que se venía a producir una injustificada acumulación de penas".

Ahora bien, sobre la base de que las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 y 23 de junio de 2005 reiteran la doctrina de que el principio "non bis in idem" no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, pues, según se declara en el Auto del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1997, aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero pueda haber llegado a ser conceptuada como sanción, dicha expulsión no puede ser confundida con una pena, de la que la separan el fundamento y los fines que persigue, ya que la pena de prisión se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional se acuerda en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes; que el apartado 2 del artículo 57 contempla la expulsión con carácter autónomo y desligado a la comisión de una infracción administrativa; y que dicho precepto no deja duda sobre la medida a imponer en los casos de previa condena delictiva, como es el caso que nos ocupa, sin que exista la posibilidad de imposición alternativa de una sanción económica de multa, el recurso ha de correr suerte desestimatoria, teniendo en cuenta:

a) Que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 31 de mayo de 2006, citada por el recurrente apelado, aparte de proyectar la injustificada acumulación de penas sobre la expulsión acordada por el propio Juez penal una vez iniciado el cumplimiento de la pena de prisión, dentro por tanto del ejercicio del ius puniendi, ajeno como hemos visto al ámbito administrativo, no pone sino de manifiesto la dudosa aplicación al caso de las previsiones contenidas en el artículo 89.1 del Código Penal, precepto cuya potencial virtualidad se ha erigido en causa determinante de la anulación de la resolución impugnada, habida cuenta, de un lado, que no consta que la sentencia penal calificara como ilegal la residencia en España del condenado -lo que, además, éste niega- y, de otro, que tampoco consta -en realidad, la sustitución se plantea en la sentencia apelada únicamente como hipótesis- que tratándose de una pena privativa de libertad inferior a seis años, la sentencia penal condenatoria hubiese acordado la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, sustitución que se ve contradicha por la circunstancia acreditada de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad por el interesado;

b) Que la apreciación por la Administración de la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería únicamente se subordina a la existencia de una condena por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año y a que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, elementos aquí concurrentes, y no a que el interesado haya finalizado o no el cumplimiento de la condena;

c) Que en todo caso, la eventual o posible intervención del Juez penal, así como el efectivo cumplimiento de la condena, son extremos que, como destaca la Abogacía del Estado, únicamente afectan a la ejecución material de la medida de expulsión, y no a su validez o legalidad, pues conforme prevé con carácter general el artículo 57.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la eficacia de una resolución administrativa puede quedar demorada cuando así lo exija el contenido del acto -en este caso, no cabe expulsión administrativa del territorio nacional mientras está pendiente el cumplimiento de una pena privativa de libertad-, y así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, de 9 de mayo de 2006, al señalar que "de las disposiciones anteriormente transcritas se desprende que el extranjero que se encuentra en situación ilegal está sometido a la autoridad judicial penal, a fin de que ésta tutele el cumplimiento de las penas impuestas, por lo que corresponde a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal, a instancia del Ministerio Fiscal, decidir si la condena de prisión (concretamente igual o superior a seis años, como en el presente asunto, en el que el actor fue condenado a once años de prisión por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24/10/2004) se sustituye por la de expulsión del territorio nacional, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 89-1 del Código Penal. Sin embargo, la Administración puede asimismo acordar una orden de expulsión de un extranjero mientras éste está cumpliendo una pena de prisión, al amparo del artículo 57.2 de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros, si bien no ejecutar la medida, ya que entonces la actuación administrativa interferiría en la actuación judicial consistente en hacer ejecutar las penas impuestas, artículo 118 de la Constitución Española, provocando, básicamente, la salida del país del reo y la consiguiente imposibilidad de éste de cumplir su condena";

d) Que dada la inexistencia de medida alternativa en los supuestos de apreciación de la causa de expulsión ex artículo 57.2 de la ley Orgánica de Extranjería, carecen de relevancia los aspectos invocados por el apelado sobre su arraigo familiar, social o económico vinculados a la proporcionalidad de la sanción, sin perjuicio de que la autorización de trabajo concedida posteriormente al recurrente, en tercer grado penitenciario, por Resolución del Subdelegado del Gobierno de 15 de octubre de 2007, le faculta para trabajar únicamente durante el tiempo que le reste para cumplir su condena, por ser éste el presupuesto básico de aquella autorización, lo que en nada interfiere a la actual vigencia y eficacia demorada de la resolución que acordó su expulsión; y

e) No se aprecia ninguno de los supuestos vicios procedimentales alegados en la instancia y acertadamente desestimados, con argumentos que se dan por reproducidos, en la sentencia a quo.

COSTAS PROCESALES DE LA APELACIÓN.

De acuerdo con el criterio objetivo del vencimiento que se establece en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de León, la que se revoca, desestimándose en consecuencia el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por R.H.C.M. contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en León de 22 de marzo de 2007, por la que se acordaba su expulsión del territorio español con prohibición de entrada por un periodo de diez años, dada su conformidad con el ordenamiento jurídico, y sin efectuar expreso pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

38.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ DE FECHA 10/10/08

Sustitución de pena por expulsión. No procedencia por razones de fondo y orden público.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz se dictó sentencia de 12 de junio de 2007 en el Rollo de Abreviado nº 9/2007 dimanante de las Diligencias Previas nº 774/2006 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sanlúcar de Barrameda, sentencia que es firme y en la cual se condenó a K.F.B., B.K. y M.B., todos ellos mayores de edad y de nacionalidad marroquí, a la pena de cuatro años y tres meses de prisión y multa de tres millones de euros con veinte días de arresto sustitutorio en caso de impago.

Se dio traslado al Ministerio Fiscal conforme el artículo 89 del Código Penal sobre la posible sustitución del resto de pena que queda por cumplir por la de expulsión del territorio nacional con traslado del informe de la Secretaría General Técnica de Instituciones Penitenciarias así como solicitud formulada por el interno

El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Debe denegarse la petición de sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

Concurren razones de fondo y orden público. Aunque la interpretación literal del precepto tiene cierto tinte imperativo, sólo excluido por la regla de la excepcionalidad y la motivación, ello no debe dar lugar a la quiebra del sistema penal

Deben ponderarse las necesidades preventivo-generales en las que es perfectamente encuadrable el criterio de la alarma social, entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave, y preventivo-especiales.

La regla general podrá, pues, ser derogada mediante una decisión motivada del órgano jurisdiccional, tras oír al Ministerio Fiscal, basada en que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La Fiscalía General del Estado en su circular 2/2006 de 27 de julio ha dado pautas orientativas a la hora de optar por el cumplimiento de la pena, valorando especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca (v. gr. tráfico de drogas, agresiones sexuales) bien por las particulares circunstancias de sus autores o

los fines perseguidos (grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.), bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima (menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento).

Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Los efectos criminógenos y la neutralización de la finalidad preventivo-general y preventivo-especial del ordenamiento penal que derivaría de aplicar a estos supuestos la expulsión aconsejan en principio hacer uso de las posibilidades de cumplimiento de la pena en España.

En el caso de autos los hechos probados de la sentencia hablan de que los condenados tripulaban una embarcación con una cantidad notoria de hachís con un valor de más de un millón de euros en el mercado ilícito, la cual estaba entrando por el canal de navegación del río Guadalquivir . Se apreció además la circunstancia de notoria gravedad de la conducta por utilización de buque conforme el artículo 370.3 del Código Penal. Esto nos habla de una puesta en común de medios eficaces para la comisión del delito con un relevante fin lucrativo y estamos además ante nacionales del país vecino, esto es, Marruecos, que es, como la experiencia demuestra, un punto clave en el tráfico continuado y permanente de este tipo de sustancias en nuestras costas, especialmente castigadas en esta zona geográfica.

Entendemos que concurren prevalentes razones de orden público que exigen el cumplimiento íntegro de la pena en España, sin que a ello obste el que hayan ya cumplido la mitad de la misma.

Pero es que además, el artículo 89 establece que la sustitución debe acordarse en sentencia lo que parece excluir la posibilidad de la sustitución una vez ya iniciada la relación jurídico penitenciaria.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

No ha lugar a sustituir la pena privativa de libertad que queda por cumplir al condenado por la expulsión del territorio nacional.

CAPÍTULO IX

FIES

39.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 16/09/08

Desestimación queja sobre legalidad del fichero.

La cuestión objeto de queja ha sido planteada de modo recurrente por muchos presos y resuelta por la práctica totalidad de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de España. Y si en un primer momento existieron resoluciones que afirmaron o dudaron acerca de la ilegalidad del Fichero de Internos de Especial Seguimiento o su influencia automática sobre el régimen o el tratamiento penitenciario, en la actualidad es unánime la opinión de que no es así. Baste citar a modo de ejemplo, por más recientes, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección quinta, de 9 de febrero de 2001, de la Audiencia Provincial de Jaén de 16 de julio de 2002, de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de enero y 4 de julio de 2002 o el también de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de enero de 2002.

El fichero al que nos estamos refiriendo se rige por la Circular 21/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Y su legalidad se extrae de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 298/1999) en relación con los artículos 6 a 9 del Reglamento Penitenciario de 1996.

La Ley de Protección de Datos, en los artículos 3 y 4, autoriza expresamente la recopilación de cualquier información concerniente a personas físicas y fija los límites a ese acopio de información, exigencias que son menores cuando los ficheros los crean las administraciones públicas (artículo 24 de la ley).

Del examen de la legislación aludida pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) La incorporación a un sistema automatizado de cualesquiera datos con el fin de facilitar su manejo y su interconexión con otros es lícita, siempre que se ajuste a las previsiones de la Ley (artículos 1 a 3 de la ley).

La competencia para decidir sobre la legalidad o no de tales ficheros y la cesación de los tratamientos y cancelación de los ficheros es de la Agencia de Protección de Datos (artículo 37 de la ley).

b) "Ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno", dicción literal del artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario d 1996, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley de Protección de Datos.

No es preciso el consentimiento del interno afectado para la recopilación de los datos con sólo dos límites: que su finalidad sea el ejercicio de las funciones propias de la administración penitenciaria y que no versen sobre ideología, religión o creencias (artículos 7 y 8 del Reglamento Penitenciario).

En congruencia con lo anterior, la inclusión en el fichero de un determinado interno no requiere una resolución expresamente motivada de la administración penitenciaria, pues la Ley de Protección de Datos sólo exige que se le informe de las circunstancias previstas en su artículo 5 (existencia del fichero, finalidad, destinatarios información del derecho de rectificación, etc.).

La administración no tiene obligación de cancelar el fichero en tanto subsistan, entre otras, las razones de interés público y seguridad que motivaron su creación. Pero el interno tiene derecho a la rectificación de los datos incompletos o inexactos (artículo 9 del Reglamento Penitenciario).

Teleológicamente la creación de ese fichero está justificada por la necesidad de conocer las vinculaciones entre determinados grupos de presos y ejercer un adecuado control de la delincuencia organizada a la que pertenecen u otros fenómenos delictivos complejos con el fin de evitar posibles desestabilizaciones del sistema penitenciario.

Negar que existen presos especialmente peligrosos, conflictivos o inmersos en aquellos fenómenos delictivos es negar lo evidente. Y su control exige del uso de técnicas modernas de tratamiento de datos que per-

mita relacionarlos (cruce de datos) para un mejor control de sus actividades e influencia en el sistema.

Desde la perspectiva de la legalidad ordinaria el contenido concreto del fichero y su utilidad en el ámbito penitenciario encuentra su fin en lo dispuesto en el artículo 62 b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria en cuanto pueden aportar información útil para adaptar el tratamiento penitenciario a la personalidad criminal del interno. Y aunque la ley no establece más límites de los ya expuestos a la recopilación de datos, la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias los limita a los relativos a su "situación penal, procesal y penitenciaria", mencionando en concreto los relativos a filiación, penales y procesales, penitenciarios, incidencias protagonizadas, actividad delictiva y comunicaciones con el exterior.

El preso se encuentra respecto de la administración penitenciaria en una situación de "sujeción especial" (por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987; 129/1995; 60/1997 y 175/2000), siendo la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias un reglamento administrativo o de organización dictado en el marco de la relación de supremacía en la que se encuentra la administración respecto del interno.

No obstante, esa especial relación no autoriza a que los datos recopilados en el fichero tengan un reflejo inmediato y automático en la situación penitenciaria de los presos afectados, pues lo prohíben tanto la Ley de Protección de Datos cuanto el Reglamento Penitenciario (artículos 13 y 6.1, éste a sensu contrario, respectivamente). Y la propia Circular 21/96 aclara que el hecho de estar incluido en la base de datos no puede servir para justificar las limitaciones o restricciones en el régimen de vida penitenciario que la legislación prevé.

El análisis de la circular permite constatar que no se produce restricción de los derechos penitenciarios por la sola inclusión en el FIES. Así:

a) Se prevé la comunicación a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de las incidencias que afecten a los internos incluidos en esos ficheros, de lo que no se puede deducir consecuencia negativa alguna para el recluso.

b) Se refuerzan las medidas de control en la realización de consultas médicas, tanto externas como internas, al exigir la autorización de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, lo que no restringe ni vulnera lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento Penitenciario.

c) Las normas específicas sobre "remisión de documentos intervenidos y comunicaciones" tampoco modifican, empeorándolo, lo dispuesto con carácter general en los artículos 41 a 51 del Reglamento Penitenciario, exigiendo en todo caso una resolución previa de intervención de las comunicaciones. Y concretamente respecto de "revistas, periódicos, libros, etc.", lo dispuesto en la circular tampoco altera las garantías del artículo 128 del Reglamento Penitenciario.

d) En cuanto a los traslados la circular reproduce lo dispuesto en la Instrucción sobre Conducciones de Internos de fecha 16 de diciembre de 1996, sin que las mayores medidas de seguridad afecten a los derechos de los internos.

e) El destino a módulos o departamentos determinados, según los criterios que se especifican en la circular, es desarrollo de los criterios de separación de internos establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el 76 de su Reglamento.

f) El control permanente de esos internos durante las actividades que desarrollen está amparado por lo dispuesto en los artículos 65 y 66 del Reglamento Penitenciario, que no determina el nivel de ese control.

g) La asignación de destinos de confianza no se excluye (no se ve afectada) por estar incluido en el fichero. El apartado c) de las normas de seguridad que se recogen en la circular sólo limita a los internos que no estén en departamentos de confianza la realización de tareas en el exterior del departamento o al acceso de teléfonos u otros medios de comunicación con el exterior, lo que no supone excepción alguna sobre el régimen general establecido en los artículos 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario que exige una autorización expresa para efectuar llamadas telefónicas (artículo 47 del Reglamento Penitenciario). Lo mismo puede decirse respecto a las salidas al exterior del departamento para realizar actividades culturales, deportivas o de cualquier otro orden, en las que sólo se establece un reforzamiento de las medidas de observación por los funcionarios, cuya intensidad no está sujeta a limitación alguna en el Reglamento Penitenciario.

h) Y el cambio de celdas por estrictas razones de seguridad no vulnera los derechos de los internos si se motivan ni, por su frecuencia, puede considerarse un modo de sanción encubierta, afectación de la dignidad del interno o una medida desproporcionada en relación con fin que se persigue.

i) El incremento de las medidas de seguridad interior (realización de cacheos, recuentos, requisas o controles) están amparadas por los artículos 65 y 71 del Reglamento Penitenciario.

j) Tampoco se extrae de la regulación del fichero que la asignación de un destino remunerado esté vetado a los allí incluidos, existiendo supuestos concretos que sí los desempeñan estando en el FIES. Y, en cualquier caso la escasez de medios de la administración penitenciaria hace que sean muchos los internos no incluidos en fichero alguno los que tampoco tienen trabajo remunerado.

k) Por último, en lo relativo a las normas de régimen cerrado, de control y prevención de incidentes, se ha discutido sobre la legalidad de la calificación como "potencialmente peligrosos" a los internos incluidos en ficheros automatizados. La calificación en sí no es contraria a norma alguna y es consecuencia de la gravedad del delito cometido o de la conducta penitenciaria anteriormente observada por el interno.

El problema surge cuando, al estar considerados como potencialmente peligrosos, se les aplican medidas de seguridad como la prohibición de compartir celdas o asignación de contiguas, cacheos y, sobre todo, las referentes a las rondas nocturnas (motivo continuo de quejas), estableciéndose un especial rigor para los internos en régimen cerrado y que además estén incluidos en ficheros de especial seguimiento.

En estos casos, sólo cuando se acredite que la base sobre la que se aplican las medidas de seguridad es la traslación automática de la condición de "potencialmente peligroso" al régimen penitenciario, debe considerarse contraria a las normas la concreta medida (por vulneración del artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario). Pero de esta circunstancia -cuando concurra- no puede "por elevación" predicarse la ilegalidad del fichero.

Finalmente no se aprecia vulneración alguna de los artículos 17.1 ni del 24.2 de la Constitución:

La clasificación del interno no se ve afectada por su inclusión en un fichero de estas características, como lo prueba que la mayoría de los incluidos en FIES están clasificados en 2º -habiendo accedido a 3º la gran mayoría de ellos en su momento- y existiendo también un número significativo en 1º. Y, respecto al derecho a la presunción de inocencia ésta opera en el marco del proceso penal y administrativo sancionador, pero no en el concreto ámbito que tratamos.

En el caso concreto, el informe del Centro Penitenciario acredita que la vida penitenciaria y los derechos del interno no resultan afectados de modo contrario a las normas. Y el preso no prueba los efectos perniciosos que alega. En consecuencia, procede desestimar la queja.

ACUERDO desestimar la queja formulada por el interno O.R.R.C.

CAPÍTULO X

JUEZ DE VIGILANCIA

40.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ DE FECHA 04/01/08

Estimación queja por denegación de audiencia anteriormente concedida.

Por el interno del Centro Penitenciario de Badajoz L.C.P., se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra el auto dictado por el Ilmo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria con fecha 21-11-2007, dándose traslado del mismo al Ministerio Fiscal quien interesó la desestimación del mismo.

Por dicho Juzgado y tras los tramites legales correspondientes, se remitió el expediente original a este Tribunal, formándose a continuación el Rollo de Sala correspondiente.

En la tramitación del presente recurso se han observado los preceptos y prescripciones legales.

A la vista de lo actuado en el presente expediente observamos que el recurrente en su escrito de interposición de la queja ya solicitó ser escuchada personalmente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, dicho Juzgador por Providencia de fecha 3-10-07 acordó recibirla en audiencia, dicha resolución resulta firme al no haberse interpuesto recurso alguno contra la misma, posteriormente y mediante Providencia de fecha 22-10-07 acuerda archivar la queja, sin practicar la audiencia previamente acordada, dicha resolución implica un defecto procesal que genera indefensión, pues se vulnera el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, por lo que, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede decretar la nulidad de todo lo actuado desde la misma, ordenando retrotraer las actuaciones a dicho momento procesal, a fin de que en la forma que en derecho corresponda, se proceda a oír a la recurrente con respecto a los

hechos objeto de la presente queja y verificado y con libertad de criterio dicte la resolución que en derecho proceda.

Dada la naturaleza de la presente resolución, la Sala estima procedente declarar de oficio las costas originadas en el presente recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás preceptos legales de general y pertinente aplicación

LA SALA DIJO: Que con estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la interna L.C.P. contra la providencia y auto dictados por el limo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de esta ciudad con fechas 22-10-2007 y 21 de noviembre de 2007 respectivamente, en el expediente nº 757/07 y al que la presente resolución se contrae, debemos revocar y revocamos dicha resolución, declarando la nulidad de todo lo actuado desde la Providencia de fecha 22-10-2007, ordenando retrotraer las actuaciones a dicho momento procesal, a los fines expuestos en el fundamento jurídico primero de la presente resolución y verificado y con libertad de criterio dicte la resolución que en derecho proceda y todo ello con declaración de oficio de las costas procesales originadas en el presente recurso.

41.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 28/05/08

Se desestima queja sobre refundición habiendo causas pendientes.

Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2-g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a

los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

La petición del interno no puede prosperar en este momento, toda vez que en fecha 03/03/08 se recibió en el Centro Penitenciario nueva sentencia condenatoria no incluida en el proyecto de Refundición de Condena aprobado por auto de fecha 16/04/08, y el interno tiene causas pendientes de juicio, por lo que lo coherente es, dada la lejanía del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, que el Centro Penitenciario eleve nuevo proyecto de refundición cuando las causas pendientes tengan sentencia firme.

Se desestima la queja del interno.

42.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 28/05/08

Se desestima que la oficina de régimen deba entregar copia de las sentencias condenatorias.

Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2-g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

La petición del interno no prospera, porque la copia de las sentencias condenatorias se las ha de facilitar el Tribunal que le ha condenado, no la oficina de régimen del Centro Penitenciario.

Se desestima la queja del interno.

43.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 23/09/08

Se desestiman quejas de licenciamiento definitivo y falta de trabajo remunerado.

El artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

En el presente caso el interno formula queja relativa a la fecha de su licenciamiento definitivo, entendiendo que la misma es el próximo 08/10/08, y no la que constan en su hoja de cálculo (05/03/09). Tal y como se explica en el informe remitido por el jurista del Centro Penitenciario y se desprende de la documentación que acompaña al mismo, el interno no ha tenido en cuenta su última condena de cinco meses de prisión (Ejecutoria 7/05 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles), habiendo sido refundida ésta última causa con las dos a que se refiere en el interno en su escrito en virtud del auto de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 19/02/07 y resultando como consecuencia de dicha refundición la fecha de 05/03/09 como fecha de licenciamiento definitivo.

Se queja también el interno de que el Centro Penitenciario no le proporciona un puesto de trabajo remunerado. En relación con esta cuestión, según consta igualmente en la documentación obrante en el expediente, el recluso ha solicitado la declaración de incapacidad laboral, estándose en este momento a la espera de que resuelva sobre la misma el Centro Base de la Delegación de Bienestar Social, por lo que se considera conveniente, tal y como ha hecho el Centro Penitenciario, esperar el dictamen del equipo de valoración antes de incluir al recluso en un destino productivo.

Así pues, se entiende que la actuación de la Administración Penitenciaria ha sido correcta, no apreciándose desviación o abuso de poder.

CAPÍTULO XI

LIBERTAD CONDICIONAL

CONCESIÓN

44.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 16/06/08

Se estima recurso de reforma concediendo la libertad condicional a un extranjero indocumentado con expediente administrativo de expulsión.

Desde que el día 8 de febrero de 2008, este juzgado dictó el Auto en el que se denegaba la libertad condicional a K.A., hasta el día de la fecha, este órgano judicial ha conocido una serie de datos y circunstancias nuevas que inevitablemente dan lugar a estimar el recurso de reforma presentado por el Procurador en nombre de K.A. y en consecuencia a dejar sin efecto la citada Resolución, acordando en su lugar la concesión de la libertad condicional del mencionado interno por reunir éste los requisitos que para tal decisión exige el artículo 90 del Código Penal.

- El motivo fundamental por el que se denegó la libertad condicional a K.A. el 08/02/2008, fue por no tener un trabajo, hecho cierto, si bien la carencia de ese trabajo no era imputable al citado penado, pues el mismo contaba con un contrato de trabajo por tiempo indefinido que le ofreció C.U.D.E. La imposibilidad de llevar a la práctica ese empleo, se debió, como bien señala el informe remitido con fecha 26/03/2008 por la Trabajadora Social del Centro Penitenciario Madrid III, a que K.A., no contaba con su pasaporte en vigor, a pesar de que tanto él como su familia, habían acudido en diversas ocasiones al Consulado de Nigeria en España. En donde se negaban a documentarlo "sin especificar los motivos de dicha denegación". Debe añadirse que la citada oferta laboral ha sido

ratificada, por el empresario, en una visita realizada a este Juzgado, y la misma sigue en vigor.

A esa oferta laboral, de imposible ejecución por causas no imputables al penado, hay que añadir que K.A., a lo largo del tiempo que lleva ingresado en prisión, ha mantenido y mantiene una buena conducta, así consta en el informe de conducta que el Educador del Centro Penitenciario Madrid III elaboró el 24/01/2008. Expresamente se dice que es una persona que no tiene problemas de convivencia con los demás internos y es respetuoso con los funcionarios y con el resto de profesionales.

Además la propia Junta de Tratamiento en la sesión que celebró el 24 de enero de 2008, reconoce que ese interno ha realizado un buen uso de los permisos de salida, que ha participado en actividades, que ha utilizado el tiempo de prisión de manera positiva y que cuenta con apoyo familiar (hermano).

A todo ello, hay que unir un hecho que no puede pasar desapercibido, K.A. llegó al Centro Penitenciario Madrid III en régimen de autogobierno, procedente del Centro Penitenciario de Teixeiro, en donde el 4 de Octubre de 2007, la Junta de Tratamiento de forma unánime acordó que ese interno reunía "los requisitos necesarios para acceder en su día al beneficio de la libertad condicional".

Por último y para terminar de enumerar las circunstancias que concurren en K.A., hay que señalar que el mismo empresario que le ofrece un puesto de trabajo, le ha ofrecido también su domicilio en Madrid para que pueda residir en él, comprometiéndose además a su tutela.

A la vista de cuanto se acaba de exponer puede afirmarse que K.A., reúne los tres requisitos que el artículo 90-1º del Código Penal exige para obtener la libertad condicional, es decir, se encuentra en 3º grado, así aparece en la Resolución que dictó la Dirección General de Instituciones Penitenciarias con fecha 13/09/2007, ha extinguido las tres cuartas partes de su condena, tal hecho se produjo el 07/09/2007, tiene buena conducta y cuenta con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) pues a pesar de tener serias dificultades para que le renueven el pasaporte, sin embargo tiene la fortuna de contar con un pariente que le acoge y le tutela.

Por todo ello no existe objeción jurídica alguna para conceder la libertad condicional a K.A., el cual durante el tiempo que permanezca en esta

situación deberá residir en el domicilio de C.U.D.E., sin que pueda cambiarse de domicilio sin la previa autorización de este Juzgado.

Al margen del pronunciamiento anterior, cuya fundamentación ha estado referida en todo momento a preceptos de derecho penitenciario, en este caso al tratarse K.A. de un ciudadano no nacional han confluído disposiciones de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que han generado ciertas disfunciones en la situación penitenciaria de dicha persona.

Antes de entrar con detalle en esas disfunciones conviene hacer referencia a algunas consideraciones de carácter general.

Dentro del derecho penitenciario la no discriminación (artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y la individualización (artículo 62 c y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) son dos principios esenciales que tienen que presidir las decisiones que adopte la Administración Penitenciaria. La nacionalidad de un interno, en modo alguno puede devaluar el contenido del artículo 25.2 de la Constitución, precepto que cuando menciona al condenado no diferencia entre condenados españoles y de otros países. Sobre este particular el Tribunal Constitucional en Auto de 04/04/2006 (nº 132/06 del Pleno) al referirse precisamente a la aplicación de la sustitución y suspensión de condenas afirmó refiriéndose a los extranjeros no residente legales, que también a ellos les son aplicables tales instituciones "en las mismas condiciones que los penados extranjeros con residencia legal en España". No parece por tanto que a la hora de decidir sobre la libertad condicional de un condenado, pueda afectarle negativamente su condición de ciudadano extranjero no residente legal, siempre que reúna los requisitos para obtener tal libertad.

El hecho de estar incurso en un procedimiento de expulsión de la Ley de Extranjería no significa necesariamente que la Administración Penitenciaria en todos los casos deba de adoptar unas cautelas que por su naturaleza devalúen los derechos que K.A. tiene reconocidos por estar clasificado en tercer grado. El traslado de la sección abierta a un módulo interior y la suspensión provisional de permisos de salida y de las salidas de fin de semana, son medidas desproporcionadas en este caso fundamentalmente por dos razones. Primero el interno antes citado ha disfrutado, como reconoce la propia Administración Penitenciaria diferentes permisos sin incidencias negativas y segundo ha sido tal la confianza que les merecía a los responsables del Centro Penitenciario de Teixeiro, que

incluso le autorizaron a que por sus propios medios se desplazara desde ese centro al Centro Penitenciario de Valdemoro. Sin lugar a dudas si K.A. se hubiera querido evadir, ya lo habría hecho.

Además existe otra circunstancia que no puede pasar inadvertida a la hora de limitar los derechos del interno, en este caso la expulsión que acordó la Audiencia Provincial de A Coruña el 28/09/2005, resultó de ejecución imposible, debido a que las Autoridades consulares nigerianas no reconocían como nacional suyo el interno -así consta en el informe recibido desde el Centro Penitenciario Madrid III-. Este fue el motivo por el que K.A. está cumpliendo la condena de 3 años de prisión que se le impuso.

Teniendo en cuenta ese hecho, cualquier medida restrictiva que se adopte sobre esa persona, con la finalidad de expulsarle, deberá ser decidida con extrema precaución, pues ya existe un precedente que pone de manifiesto que anteriormente fue intentada su expulsión y no fue posible efectuar la misma.

La existencia de una Resolución de Expulsión dictada en vía administrativa, por la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, en el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en K.A., no puede incidir de manera negativa en la situación penitenciaria de esa persona. La propia Ley de Extranjería (L.O. 4/2000) contempla la posibilidad en su artículo 62, de acordar el internamiento por un plazo máximo de 40 días mientras que se tramita el expediente, cuando la sanción sea la de expulsión o acordar también tal internamiento en los casos en los que acordada la expulsión el afectado no la haya cumplido voluntariamente (artículo 64 de dicha ley). En ambos casos es la Autoridad Gubernativa, la que solicita del Juez de Instrucción la autorización para internarle y nunca tal medida de internamiento puede efectuarla, por la vía de hecho, la Administración Penitenciaria.

Además hay que tener en cuenta que esos 40 días máximos de internamiento se tienen que cumplir en "centros de internamiento de carácter no penitenciario" (artículo 153-3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 - Real Decreto 2393/2004).

En definitiva las cautelas a adoptar para ejecutar la orden de expulsión que existe sobre K.A., las debe solicitar la Autoridad Gubernativa al Juez de Instrucción, sin que en este caso corresponda a la Administración Penitenciaria adoptar ninguna de esas cautelas.

Que debía estimar y estimaba el recurso de reforma presentado por el Procurador en nombre y representación del interno K.A., contra el Auto de este Juzgado de 08/02/2008, en el que se le denegó la libertad condicional, y en consecuencia acordaba dejar sin efecto dicho Auto y conceder la libertad condicional a K.A., en relación con Ejecutoria nº 32/2006 de la Sección 1ª de la Administración provincial de A Coruña.

Durante el tiempo que permanezca en esta situación deberá residir en el domicilio que ha facilitado en este expediente C.U.D.E., persona bajo cuya acogida y custodia permanecerá el mencionado condenado. No podrá cambiarse de domicilio sin la previa autorización de este Juzgado.

Los Servicios Sociales Penitenciarios, realizarán el oportuno seguimiento e informarán a este juzgado periódicamente.

DENEGACIÓN

45.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ DE FECHA 17/07/08

Se desestima el recurso por considerar procedente el decreto de expulsión al liberado.

Por el interno A.R.P.B., se interpuso en tiempo y forma recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto dictado por el limo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria con fecha 28 de mayo de 2008, dándose traslado del mismo al Ministerio Fiscal quien interesó la desestimación del mismo, dictándose a continuación auto de fecha 13 de junio 2008 y por el que se desestimaba el citado recurso de reforma y se admitía a tramite el de apelación subsidiariamente interpuesto.

Por dicho Juzgado y tras los tramites legales correspondientes, se remitió el expediente original a este Tribunal, recibándose con fecha 10 de julio de 2007, formándose a continuación el Rollo de Sala correspondiente.

En la tramitación del presente recurso se han observado los preceptos y prescripciones legales.

A la vista de lo expuesto por el recurrente, diremos que la presente resolución debe centrarse única y exclusivamente en el pronunciamiento

relativo a si resulta o no procedente decretar la expulsión del mismo, toda vez que en cuanto a la concesión de la libertad condicional no existe oposición alguna, con respecto a ello diremos en primer lugar que tanto el auto por el que se concede la libertad condicional como el que resuelve el recurso de reforma se encuentra debidamente motivado y cumple mas que sobradamente con el deber de motivación de las resoluciones judiciales a que hace referencia el artículo 120 de la Constitución Española, en dichas resoluciones se hace un estudio pormenorizado tanto de los hechos y circunstancias personales concurrentes en el interno de referencia como de la legislación aplicable, resulta pues difícil a este Tribunal añadir nada nuevo a lo expuesto en dichas resoluciones y que por considerarse que se encuentran ajustadas tanto a lo verdaderamente acreditado en el presente expediente como a derecho deben darse aquí íntegramente por reproducidas.

No obstante lo expuesto en el fundamento anterior haremos unas breves consideraciones, en primer lugar diremos que el artículo 90.2 del Código Penal vigente establece que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código, y precisamente en el apartado 3.2ª del citado artículo 96 se establece como medida de seguridad que se puede imponer "la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España" medida que no es otra que la acordada por la resolución impugnada, pues de la documentación aportada se evidencia que el hoy recurrente es de nacionalidad extranjera y carece de residencia legal en el España, a ello hemos de añadirle que en el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social se establece que como requisito para la concesión de permiso de residencia temporal a extranjeros que carezcan de antecedentes penales, por lo que impide que el liberado pueda permanecer en situación legal en el país, además tenemos que el artículo 57 de la citada Ley Orgánica establece como causa de expulsión que el extranjero haya sido condenado por delito doloso con pena privativa de libertad superior a un año, y en el presente supuesto tenemos que el recurrente ha sido condenado a una pena de nueve años y un mes de prisión por un delito contra la salud pública, según el testimonio de la sentencia de este Tribunal aportado al presente expediente, por lo que queda de manifiesto que en el presente caso se dan los requisitos necesarios para su expulsión.

Finalmente y en cuanto al resto de alegaciones y como muy bien a establecido el Juez de Vigilancia de Penitenciaria en el fundamento jurídico segundo del auto por el que se resuelve el recurso de reforma, deben ser desestimadas, no se aprecian infracciones ni legales ni reglamentarias ni de derechos de ningún tipo, el fin de dicha norma no es otro que evitar que la situación de ilegalidad en que quedarla el liberado condicional en este caso, pudiese contribuir a la comisión de nuevos hechos delictivos, no puede dejarse al arbitrio precisamente del condenado, siguiendo las tesis sostenidas en el recurso, quien pueda decidir su permanencia o no en España aún no cumpliendo los requisitos legalmente establecidos, lo que podría llevarnos a que la comisión de un hecho delictivo fuese la vía para obtener la residencia legal en el país, por todo ello y a pesar del encomiable esfuerzo realizado por la dirección Letrada del recurrente en defensa de sus tesis el recurso debe ser desestimado, procediendo en consecuencia a confirmar íntegramente la resolución impugnada.

No obstante la naturaleza de la presente resolución, la Sala estima procedente declarar de oficio las costas originadas en el presente recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no apreciarse ni temeridad ni mala fe en el recurrente.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás preceptos legales de general y pertinente aplicación

LA SALA DIJO: Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno A.R.P.B. contra el auto dictado por el limo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid con fecha 28 de mayo de 2008, en el expediente nº 437/2.008 y al que la presente resolución se contrae, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con declaración de oficio de las costas procesales originadas en el presente recurso.

46.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 01/09/08

Denegación de la libertad condicional por no concurrencia de requisitos. Recurso de reforma y apelación del Ministerio Fiscal. Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña

Uno de septiembre de dos mil ocho.

Emitido informe por el Ministerio Fiscal y concurriendo a favor del penado, conforme se desprende de lo actuado, lo requisitos exigidos en el artículo 90 y siguientes del Código Penal de conformidad con lo prescrito en el artículo 76.2.b de la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria procede aprobar la propuesta de concesión de los beneficios de la libertad condicional a las 3/4 partes de la condena a favor del penado a que se contrae el expediente. Los factores que facilitan la adaptación (apoyo familiar, primer ingreso en prisión, buena conducta penitenciaria, largó tiempo de condena ya cumplido y disfrute de permisos sin incidencias) permiten emitir un pronóstico favorable de reinserción social conforme al artículo 90-1-c del Código Penal y 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en consonancia con el criterio unánime en este sentido emitido por la Junta de Tratamiento. No se desconoce la gravedad del delito por el que cumple condena (asesinato) pero de los informes recabados no se desprende riesgo significativo de reincidencia. En cuanto al pago de la responsabilidad civil a los efectos del artículo 72-5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del examen de los autos resulta que la cantidad abonada hasta la fecha es muy pequeña en relación con el montante total que asciende a 99.167 euros. También se informa que en la actualidad no desempeña trabajo ni en el centro penitenciario ni en el exterior, si bien del extracto de la cuenta de peculio resulta que tuvo ingresos por el trabajo desempeñado en los talleres productivos del centro. En definitiva está circunstancia no debe suponer obstáculo para el acceso a la libertad condicional, al no ser el delito por el que cumple condena de aquellos en los que se exige "singularmente" el pago de dichas responsabilidades si bien entre las reglas de conducta debe imponerse el pago aplazado de dicha responsabilidad al tener el interno plena capacidad de trabajo.

Consta en el expediente que existe un informe sobre el penado en el que se indica que se encuentra en situación irregular o ilegal, y se le ha incoado expediente de expulsión al amparo de lo dispuesto en la Ley de extranjería y en su caso puede dictarse resolución administrativa ordenando su expulsión en virtud el artículo 57-2 de la Ley, que se haría efectiva una vez que extinga su condena (incluido el período de libertad condicional), pero debe tomarse en cuenta que según el informe social, el interno está casado desde el año 2006 con una mujer de nacionalidad española que le acoge para la libertad condicional, por lo que eventual-

mente la orden de expulsión podría vulnerar la salvaguarda del principio de unidad familiar. Además la libertad condicional es una parte del cumplimiento de la pena y tendrá que cumplirla en España salvo que se inste su expulsión por la vía del artículo 89 del Código Penal o que se decida la aplicación del artículo 197 del Reglamento Penitenciario (disfrute de la libertad condicional en su país que requiere el consentimiento del penado). Por ello y frente a la dudosa interpretación y aplicabilidad de otras normas jurídicas y especialmente de la Ley de extranjería, pensar que la orden de expulsión o la situación de irregularidad en España es incompatible con el pronóstico de reinserción es una hipótesis al margen de la realidad. En definitiva si en este caso se han alcanzado por los datos expuestos más arriba los fines de reeducación y reinserción social que por mandato constitucional tiene asignada la ejecución de pena, hasta el punto de concretarse en la afirmación de que éste retomará a la sociedad probablemente sin conflictos con la Ley penal, ello debe entenderse con independencia de las consecuencias jurídico-administrativas a que la irregularidad o la ilegalidad de la entrada o la permanencia en España de un extranjero deba dar lugar según la Ley, que no puede constituir un impedimento para el acceso a la libertad condicional a disfrutar en España.

VISTOS los preceptos citados, y demás de general y pertinente aplicación. "Dispongo: Qué debo aprobar y apruebo la libertad condicional a las 3/4 partes de la condena del penado L.A.P.G. respecto a la causa referenciada en el anterior antecedente de hechos, de conformidad á la propuesta del Centro Penitenciario.

Se imponen al liberado las siguientes reglas de conducta:

- Obligación de residir en el domicilió familiar que figura en el acta de acogida y prohibición de ausentarse del mismo sin autorización judicial.
- Obligación de continuar abonando las responsabilidades civiles.
- Sometimiento a las medidas de control que se establezcan en el Proyecto Individual de Intervención.

El liberado deberá comparecer dos veces al mes ante los Servicios Sociales Penitenciarios para informar de sus actividades y justificarlas.

Las reglas de conducta señaladas deberán notificarse al liberado y requerirle para su cumplimiento, a riesgo de pérdida de la libertad que ahora se le concede.

AL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE A
CORUÑA

A Coruña, 24 de septiembre de 2008

El Fiscal, en el Expediente nº 3942/08 sobre Libertad Condicional del interno L.A.P.G., formula Recurso de Reforma y Subsidiario de Apelación, en razón de lo dispuesto en la disposición adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 211 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la Resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 1 de septiembre de 2008 por la que se aprueba la libertad condicional del interno; en base a las sucintas consideraciones siguientes:

1) Las ya expuestas por el Fiscal en su informe de 9 de julio de 2008 que se ven reforzadas por los informes incorporados al expediente con posterioridad. Así, el informe psicológico relativo al interno pone de manifiesto su escasa afectividad y dificultades en mostrar empatía, con tendencia a la dureza emocional, así como su tendencia a la autoexculpación, con empleo de mecanismos de defensa para justificar su actividad delictiva, lo que evidencia, claramente, que el interno no ha asumido ni interiorizado su, responsabilidad por el delito. Si todos esos factores los ponemos en relación al grave delito por el que cumple condena, consideramos que es clara la peligrosidad del interno y que de todo ello se desprende un riesgo significativo de reincidencia.

Por otra parte, de la información aportada relativa a la cuenta de peculio del interno resulta que éste no ha realizado, durante el presente año, pago alguno de la responsabilidad civil, así como tampoco ha desempeñado trabajo ni en el centro ni en el exterior, lo que, por un lado, demuestra la pérdida de hábitos laborales e incrementa, por otro, el riesgo de reincidencia una vez en libertad, si a ello unimos el importante dato de que los Servicios Sociales Penitenciarios no asumen el compromiso de Seguimiento y Control del interno para el caso de que se le conceda la libertad condicional, el riesgo es inaceptable.

Por todo ello, se interesa la tramitación del recurso para la obtención de una nueva resolución conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal denegándose la libertad condicional a L.A.P.G.

RECURSO DE REFORMA ANTE EL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

A Coruña, a 27 de octubre de 2008.

El Ministerio fiscal se opone a La concesión de la libertad condicional del penado refiriéndose en primer lugar a los datos del informe psicológico que a su juicio ponen de manifiesto la escasa afectividad del interno y dificultades en mostrar empatía, y que el interno no ha interiorizado su responsabilidad por el delito cometido (asesinato). Desde luego no puede desconocerse la gravedad del delito no solo por su naturaleza sino atendiendo a las circunstancias concurrentes (el hecho se cometió mediando precio y el interno era integrante de una banda de sicarios); tampoco se desconoce el contenido del informe psicológico que pone de relieve que no existe una adecuada y total asunción del hecho delictivo. Sin embargo de ese mismo informe también resulta que no presenta trastorno psicopatológico, que cuenta con habilidades sociales para lograr su inserción en un contexto social adecuado, así como apoyo social y un círculo de amigos pertenecientes a un medio normalizado, a lo que se une que según los datos del informe social el interno está casado desde el año 2006 con una española. En definitiva los datos referidos por el Fiscal incluidos en el informe psicológico no pueden abocar a la denegación del beneficio de la libertad condicional cuando por un lado no son indicativos por sí mismos de riesgo significativo de reincidencia en el sentido de que hayan sido causa exclusiva ó determinante de su comportamiento delictivo, pues deben valorarse otros factores puestos de relieve en el informe como la desestructuración familiar, el precoz abandono de la escuela y la relación con personas del ámbito delincencial, circunstancias que evidentemente se han modificado pues consta que el interno tiene oferta de trabajo y relación estable de pareja y durante el cumplimiento de la condena ha desempeñado diversas actividades tales como escuela, manualidades, revista sanitaria y talleres productivos, además de efecto intimidativo de una condena de la que lleva cumplidos 14 años de prisión y por otro lado concurren los demás factores antes aludidos que valorados en conjunto permiten pronosticar una adecuada reinserción al margen del delito en consonancia con el criterio unánime en este sentido de la Junta de Tratamiento.

También se opone el Fiscal al beneficio alegando que según la cuenta de peculio el interno no ha realizado durante el año 2008 pago alguno de

la responsabilidad civil, ni ha desempeñado trabajo en el centro ni en el exterior. Al respecto debe reiterarse que esta circunstancia no debe suponer obstáculo para el acceso a la libertad condicional, al no ser el delito por el que cumple condena de aquellos en los que se exige "singularmente" el pago de dichas responsabilidades, si bien entre las reglas de conducta ya se impone el pago aplazado de dicha responsabilidad al tener el interno ofertas y plena capacidad de trabajo. En todo caso de lo actuado resulta que el interno (si bien en una mínima proporción respecto de la cantidad total adeudada) mientras estuvo trabajando en talleres dio comienzo al pago aplazado de dichas responsabilidades, pagos que interrumpió al cesar en dicha actividad cuando accedió al tercer grado y que deberá reanudar cuando obtenga rentas suficientes si se concretan las ofertas de trabajo al haberse supeditado el disfrute de la libertad condicional, entre otras condiciones, al pago de las responsabilidades civiles.

Finalmente el Fiscal se refiere a que los Servicios Sociales Penitenciarios no asumen el compromiso de seguimiento y control del interno para el caso de que se le conceda la libertad condicional, por lo que considera que el riesgo de fuga es inaceptable. En primer lugar debe señalarse en ningún caso puede hacerse recaer sobre el interno una circunstancia que aún pudiendo elevar el riesgo de fuga le es completamente ajena. En segundo lugar el artículo 200-2 del Reglamento Penitenciario que impone a los servicios sociales penitenciarios el seguimiento y control de los liberados condicionales, no distingue entre españoles ni extranjeros aunque estos sean irregulares. Por su parte del artículo 118 de la Constitución y el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende la obligación por parte de las entidades públicas y privadas de cumplir las resoluciones judiciales firmes y prestar colaboración en la ejecución de lo resuelto. De lo expuesto resulta que ningún precepto autoriza a los servicios sociales penitenciarios a dejar de cumplir sus funciones por la cualidad de extranjero irregular del liberado y además tiene la obligación de cumplir las resoluciones judiciales y en concreto la ahora recurrida que entre otras reglas de conducta impone al liberado la comparencia dos veces al mes ante los servicios sociales para informar de sus actividades y justificarlas

En atención a lo expuesto, Acuerdo: desestimar el recurso de reforma interpuesto por Ministerio Fiscal, manteniéndose en todo su contenido la resolución de fecha 1 de septiembre de 2008, en la que se acordó otorgar el beneficio de libertad condicional al interno L.A.P.G.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

En PONTEVEDRA, a trece de enero de 2009

En la causa referenciada se dictó por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria num. 1 de A Coruña el 01-09-08 el auto cuya parte dispositiva expresa: "Que debo de aprobar y apruebo la libertad condicional a las 3/4 partes de la condena del penado L.A.P.G. respecto a la causa referenciada en el anterior antecedente de hecho, de conformidad a la propuesta del Centro Penitenciario. Se imponen al liberado, las siguientes reglas de conducta:

- Obligación de residir en el domicilio familiar que figura en el acta de acogida y prohibición de ausentarse del mismo sin autorización judicial.
- Obligación de continuar abonando las responsabilidades civiles.
- Sometimiento a las medidas de control que se establezcan en el Proyecto Individual de Intervención.

El liberado deberá comparecer dos veces al mes ante los Servicios Sociales Penitenciarios para informar de sus actividades y justificarlas.

Las reglas de conducta, señaladas deberán notificarse al liberado y requerirle para su cumplimiento, a riesgo de pérdida de la libertad que ahora se le concede.

Notificada dicha resolución a las partes por Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite y puesta de manifiesto la causa a las demás partes personadas se han remitido las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso.

El Tribunal comparte el recurso del Ministerio Fiscal en lo que respecta a los factores de inadaptación que se aprecian en el interno L.A.P.G. en el Centro Penitenciario de Monterroso, porque en los supuestos de libertad condicional del interno entrañan una falta de garantía de su comportamiento futuro, y del informe psicológico del Centro se desprende su escasa afectividad, con dificultades de mostrar empatía y tendencia a la dureza emocional y a la autoexculpación, que le lleva a emplear mecanismos de defensa para justificar su actividad delictiva, de modo tal que se estima que el interno no ha interiorizado su responsabilidad por el delito y no debe olvidarse que fue condenado por dos delitos muy graves, uno de asesinato consumado y otro en grado de tentativa, en los que actuó como sicario, de tal modo que la falta de asunción de su responsabilidad

delictiva, constituye sin duda un factor de inadaptación que permite inferir racionalmente un riesgo de reincidencia.

Asimismo se aprecia el factor de inadaptación de la falta de cumplimiento de su responsabilidad civil, porque no puede considerarse la mínima cantidad apartada en relación con la suma adeudada, y no cabe al respecto hacer cita del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por cuanto el que se haga referencia singularmente a un catálogo de delitos, no quiere decir que no se aplique a los demás.

Por lo expuesto se estima en parte el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y se deniega la libertad condicional del interno mencionado.

Se estima en parte el recuso de apelación del Ministerio Fiscal y se revoca el auto dictado el 1 de septiembre de 2008 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de A Coruña y asimismo se revoca el auto de 27 de octubre de 2008 del mismo Juzgado en el expediente 3942/2008 a que se contrae el presente Rollo de Apelación y en consecuencia se deniega la libertad condicional de L.A.P.G.

REVOCACIÓN

47.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE FECHA 20/06/08

Abono periodo desde auto de revocación hasta su firmeza.

Por auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 24 de octubre de 2007 se aprobó la libertad condicional del penado. Esta resolución fue revocada por auto dictado por el mencionado Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en fecha 24 de octubre de 2007, acordando su ingreso en prisión para lo que se expidieron las oportunas requisitorias.

Dicho auto fue recurrido primero en reforma ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y posteriormente en apelación, siendo desestimados ambos recursos, el último por la resolución dictada por la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial nº 255-A de fecha 25 de abril de 2008.

Se procedió a la detención del penado en fecha 31 de mayo de 2008, de acuerdo al oficio remitido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria,

siendo ingresado en el centro penitenciario, el día 2 de junio de 2008, quien comunica nueva liquidación de condena en la que se computa como período de tiempo abonable hasta el 23 de octubre de 2007, e indica que se comienza a cumplir la pena, de nuevo, el día 2 de junio de 2008, que dejaría extinguida el 24 de diciembre de 2008.

La representación del interno se opuso expresamente a la nueva liquidación de condena ya que, según expuso, no se tuvo en cuenta el periodo de tiempo transcurrido desde que se dictó el auto de revocación de la libertad condicional que es del día 24 de octubre de 2007, hasta que se confirmó dicha resolución, el día 25 de abril de 2008, periodo de tiempo que dice que continuo cumpliendo con su programa de libertad condicional. También pide que se tenga en cuenta el día en que se dictó el auto 24-10-2008 y el de su detención.

Los servicios sociales penitenciarios de Castellón han informado que desde el día 5 de enero de 2007 en que se presentó el penado a fin de realizar las oportunas visitas, ha realizado un seguimiento negativo del programa individualizado propuesto por la Junta de Tratamiento, pero consta su presentación ante dichos servicios, en fecha 19 de octubre de 2007, 30 de noviembre de 2007, 21 de diciembre de 2007, 25 de enero de 2008, 22 de febrero de 2008, 14 de marzo de 2008 y 18 de abril de 2008, mostrando una actitud colaboradora y aportando nóminas del trabajo realizado.

Debemos decidir por tanto si ha sido correcta la liquidación de condena practicada por el Centro Penitenciario, de acuerdo a la cual quedaría extinguida la pena el día 24 de diciembre de 2008.

En primer lugar resulta, según la certificación remitida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que el penado fue detenido el día 31 de mayo y que no fue ingresado en el Centro Penitenciario hasta el día 2 de junio de 2008, por lo que debe computarse en la liquidación practicada los dos días que antes de su ingreso estuvo detenido, días 31 de mayo y 1 de junio.

Y se cuestiona a continuación si el periodo que transcurrió desde que se dictó el auto que revocaba la libertad condicional, desde el día 24 de octubre de 2007, hasta que el mismo fue firme a partir del día 25 de abril de 2008, debe también computarse como abonable.

El artículo 93 del Código Penal establece en su párrafo primero que "el periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falta al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el reo delinquire o inobservara las reglas de conducta impuesta, el juez de Vigilancia

Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional".

Y lo que ha sucedido en el presente supuesto ha sido un tanto peculiar ya que una vez revocada la libertad condicional y a pesar de haberse acordado la detención e ingreso en prisión del penado, esto no se llevo a cabo hasta meses después, y en ese periodo de tiempo en el que se estuvieron tramitando los recursos interpuestos frente al auto de revocación de la libertad condicional, el penado empezó a cumplir en forma más adecuada la normas impuestas por los servicios administrativos correspondientes, a los que continuó asistiendo puntualmente e iniciando incluso una actividad laboral.

En estas circunstancias entendernos que lo procedente es computar todo ese periodo de tiempo en que permaneció en libertad condicional porque no se le detuvo, de acuerdo con el informe el Ministerio Fiscal, de forma que además de los dos días que estuvo detenido, al tiempo de cumplimiento de la pena que le restaba, 206 días, según la liquidación del Centro Penitenciario, debemos computar también otros 184 días que transcurrieron desde el día en que se dictó el auto de revocación de la libertad condicional, 24-10-2007, a aquel en que esa resolución fue firme, lo que tuvo lugar el día 25 de abril de 2008, si bien éste último día en el que la resolución se dictó, lo excluimos porque ya había adquirido firmeza.

Quedarían por cumplir 20 días, que resultan de restar a los 206 de la liquidación del Centro Penitenciario, los 184 mencionados de libertad condicional y los 2 días en que permaneció detenido.

Habiendo reiniciado el cumplimiento de la pena el día 2 de junio de 2008, la misma quedaría extinguida el día 21 de junio de 2008.

48.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 28/10/08

Revocación por incumplimiento de las 3/4 partes al sobrevenir nueva causa penada.

El Centro Penitenciario de Topas ha recibido testimonio de la sentencia dictada en Ejecutoria 13/08 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca,

contra R.E.P., quien se encuentra actualmente en situación de libertad condicional, en el Centro "Proyecto Hombre" de Zamora,

La libertad condicional le fue concedida por auto de esto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 22 de agosto de 2008, estableciendo entre otras, como regla de conducta, "Programa de Tratamiento en Proyecto Hombre para su deshabitación". La libertad condicional le fue concedida al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (27/08/08).

Con la nueva Ejecutoria el interno no cumple las 3/4 partes de su condena hasta el 03/02/2011 (las 2/3 partes el 12/08/2010). En consecuencia, tomando en consideración las nuevas fechas de cumplimiento y la nueva causa sobrevenida, procede la revocación de la libertad condicional por incumplimiento de las 3/4 partes de la condena, de conformidad con los artículos 90 y siguientes del Código Penal, a fin de que, una vez revocada, se estudie por el Equipo de Tratamiento del Centro Penitenciario el mantenimiento en el tercer grado, artículo 182 del Reglamento Penitenciario, y permanencia en "Proyecto Hombre", para poder continuar con el tratamiento deshabitador, o bien, se proponga al Centro directivo la revisión de grado.

Para no perjudicar la evolución del penado, este permanecerá en la referida institución, "Proyecto Hombre", hasta que sea adoptada decisión sobre el grado por la Junta de Tratamiento del Centro.

Se acuerda la Revocación de la Libertad Condicional concedida al penado R.E.P., computándosele a efectos de cumplimiento de la pena los días disfrutados en tal estado.

49.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PAMPLONA DE FECHA 03/04/08

Suspensión por llegada de nueva causa

RELACIONADO CON EL NUMERO 51

En fecha 12 de diciembre de 007 se dictó Auto autorizando la libertad condicional del penado A.S.H. Posteriormente el 25 de marzo de 2008 se recibe oficio del Centro Penitenciario de Pamplona participando que al liberado le ha recaído nueva causa, dimanante de la Ejec. 335/01 del

Juzgado de lo Penal nº 3 de Pamplona a la pena de siete meses, por lo que ha ingresado en Prisión el día 20 de marzo del presente año.

Pasadas las actuaciones al Ministerio fiscal, este informa en el sentido de que se deje sin efecto la libertad condicional del penado, dado que no cumple el requisito de haber cumplido las 3/4 partes de su condena, por lo que deberá reingresar a su situación de tercer grado, debiendo practicarse refundición de condenas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Desde luego que la nueva incidencia sucedida y comunicada ingreso en prisión para cumplimiento de una nueva ejecutoria, resulta incompatible con la de libertad condicional por las otras penas que ya estaba cumpliendo el mismo autor, si bien todo ello debe matizarse con la importante precisión de que la nueva ejecutora tiene origen en una infracción cometida con anterioridad a la concesión de la libertad condicional, y debe recordarse al respecto que la única causa prevenida en el artículo 93 del Código Penal para adoptar una revocación es la del incumplimiento del condicionado o la comisión de nuevo delito durante tal período, lo que no se da en nuestro supuesto. Aun cuando asimismo resulta fundamental indicar que con la nueva causa la fecha previsible cumplimiento de las tres cuartas partes no se cumplirá hasta el próximo mes de mayo, de manera que no se daría uno de los requisitos de concesión según artículo 91 del Código Penal.

No existiendo una regulación expresa y concreta que regule este tipo de situaciones, lo más adecuada y procedente será adoptar una resolución de suspensión de la libertad condicional, vía empleada en casos parecidos por los operadores jurídicos, y puesto que ya no se cumple el requisito de efectivo cumplimiento de las tres cuartas partes de la penalidad lo que, lógicamente implicará la continuación de su estancia en prisión y a la espera de que transcurran las necesarias fechas y se amplíe el expediente de libertad condicional, siéndole entretanto de aplicación el régimen de tercer grado, modalidad artículo 83 del Reglamento Penitenciario, debiendo la Junta de Tratamiento comunicar a este Juzgado para la nueva fecha en que se cumplirán las tres cuartas partes, si ratifica o no su informe favorable de reinserción social, y para que asimismo este Juzgado dicte nuevo Auto ratificando, con la modificación de la nueva fecha y demás que procediere, la libertad condicional del penado, o, en su caso, la eventual revocación.

Por todo lo cual,

ACUERDO:

La Suspensión de la situación de Libertad Condicional del penado quien deberá continuar ingresado en el centro penitenciario y en tanto se alcanzan de nuevo las tres cuartas partes de su total condena, a cuyos efectos y resolución definitiva del expediente, la Junta de Tratamiento deberá comunicar con la antelación necesaria para dicha nueva fecha si mantiene o no su pronóstico favorable de reinserción social y si debe modificarse o no el condicionado en su momento acordado, siéndole entretanto de aplicación el régimen de tercer grado, modalidad artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

50.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 09/05/08

Se deja sin efecto por prisión preventiva decretada antes de haber sido hecha efectiva aquella.

Por la representación procesal de la penada del Centro Penitenciario de Albolote, se interpuso recurso de reforma contra el auto dictado por este Juzgado en fecha 25 de marzo por el que se dejaba sin efecto la libertad condicional otorgada por auto de fecha 14 de febrero de 2008.

Elevado por el Centro Penitenciario el expediente de libertad condicional de la interna, con los beneficios correspondientes al adelantamiento a las dos terceras partes de cumplimiento, en fecha 14 de febrero se dictó por este juzgado auto aprobando dicha libertad condicional la cual, debería hacerse efectiva, el día 17 del mismo mes y año, fecha en la que quedarían extinguidas las dos terceras partes de la condena.

No obstante todo ello, llegada dicha fecha, el Centro Penitenciario no pudo hacer efectiva la libertad condicional aprobada ya que, disfrutando la penada de una salida autorizada fue detenida por orden del juzgado de instrucción nº 5 de esta ciudad, no encontrándose pues en dicho día en el interior del Centro Penitenciario al que regresó en calidad de presa preventiva, el día 18 de febrero. Dicha situación de prisión preventiva se mantiene invariable, hasta el día 24 de marzo de 2008, en que el juzgado decreta la libertad provisional al haberse prestado por la presa la fianza

exigida al efecto. Es pues, en dicha fecha, 24 de marzo, cuando la hasta entonces presa preventiva recupera su condición de penada, afecta al cumplimiento de la ejecutoria 11/02 de la sección segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada.

El día 25 de marzo se participa dicho extremo a este juzgado el cual, tras recibir testimonio de las Diligencias Previas nº 9321/07 seguidas ante el juzgado de instrucción nº 5 de esta ciudad. dicta auto por el cual deja sin efecto la libertad condicional aprobada en fecha 14 de febrero de 2008, la que nunca fue notificada a la penada ni hecha efectiva por el Centro Penitenciario, al haber reingresado la interna con el carácter de presa preventiva con posterioridad a la fecha en que tal libertad condicional debió hacerse efectiva.

A la vista de todo lo expuesto, la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote, en sesión de fecha 27 de febrero del corriente año, toma la decisión de proponer, al amparo de lo establecido en el artículo 104.2 y 108.2 del Reglamento Penitenciario la suspensión de la clasificación de la interna. Dicha suspensión no es finalmente aceptada por el Centro Directivo que dicta resolución en fecha 8 de abril, al haber cesado ya la situación de prisión preventiva que pesaba sobre la penada.

Dicho cuanto antecede, debemos insistir, una vez más, en que la libertad condicional, en cualquiera de sus modalidades, pero aún si cabe más en aquella excepcional que presupone su adelantamiento a las dos terceras partes del cumplimiento de la ejecutoria o ejecutorias refundidas, no se configura como un derecho objetivo del interno, sino como un beneficio penitenciario (artículo 202 del Centro Penitenciario) consecuencia ineludible del principio de individualización científica que informa el derecho penitenciario español. Así pues, tanto su proposición como su aprobación, como posteriormente su definitiva efectividad, ha de quedar en todo momento sometida a la concurrencia en la persona del interno de aquellos requisitos objetivos y subjetivos que al efecto se establecen en los artículos 90 y 91 del Código Penal y 192, 193 y 194 del Reglamento Penitenciario.

Así pues, los requisitos que deben concurrir en el penado para acceder a la libertad condicional establecida en el artículo 91 del Código Penal no son otros que encontrarse clasificado en tercer grado de tratamiento, tener extinguidas las dos terceras partes de la condena, tener buena conducta y un pronóstico favorable de reinserción social, y haber desarrollado de manera continuada actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Pues bien, de tales requisitos, dos se configuran como eminentemente objetivos y cuya concurrencia es precisa para que la libertad condicional en cualquiera de sus modalidades pueda ser hecha efectiva. En primer lugar, la clasificación del penado en tercer grado de tratamiento penitenciario y, en segundo lugar, la extinción de la condena por el tiempo prefijado por la norma. De forma tal, que si aprobada la libertad condicional y pendiente de ser hecha efectiva, sobreviniera una nueva ejecutoria sobre el penado que, refundida con la anterior (artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario) alargase los períodos de cumplimiento, la libertad condicional no podría ser hecha efectiva y, lógicamente quedaría sin efecto o, en su caso suspendidos los efectos del auto en su día dictado.

Situación equivalente a la expuesta a mero título de ejemplo, es la acontecida en el caso que se analiza. Aprobada por este juzgado la libertad condicional en fecha 14 de febrero con efectos del siguiente día 17, la misma no pudo ser hecha efectiva por el Centro Penitenciario al estar detenida y pendiente de ser presentada a la autoridad judicial la penada. Esta es presentada y en fecha 18 reingresa al Centro Penitenciario en calidad de presa preventiva. todo ello, determina que, en virtud de lo establecido en el artículo 104.2 del Reglamento Penitenciario, de hecho y de derecho, con independencia absoluta de lo que el Centro Directivo pueda disponer, quede sin efecto la clasificación penitenciaria de la interna. Extremo del que únicamente impone la norma se "de cuenta" al Centro Directivo. Así, al quedar de derecho y por ministerio de la Ley sin efecto la clasificación penitenciaria, que ha de ser nuevamente estudiada cuando se produzca el cese de dicha situación (artículo 108.3 del Reglamento Penitenciario), es claro que deja de concurrir en la interna, de manera objetiva, uno de los requisitos legales exigidos para el acceso del penado a la libertad condicional, cual es la previa clasificación penitenciaria en tercer grado de tratamiento y, en su consecuencia, dicha libertad condicional, pendiente, no puede ser hecha efectiva debiendo quedar sin efecto el auto que en su día se dictó aprobando el beneficio. El cual, en todo caso, y de ser mantenida la interna en tercer grado de tratamiento, una vez cesada la situación de prisión preventiva, debe ser nuevamente propuesto a este juzgado para su aprobación, remitiendo al efecto, debidamente actualizado, el pronóstico favorable o desfavorable de reinserción social.

A mayor abundamiento de lo expuesto y en orden a una posible revocación del beneficio (semántica utilizada por la recurrente) que, en el caso de autos equivale a quedar sin efecto el auto de concesión al no haber sido

hecho efectivo por el Centro Penitenciario, se ha de añadir, que ha quedado acreditado y ello no se combate en el recurso que, pendiente de ser hecha efectiva la libertad condicional, la penada fue detenida y puesta a disposición del juzgado de instrucción nº 5 de Granada, como presunta autora de un delito contra la salud pública, hechos por los que se decretó su prisión preventiva en fecha 18 de febrero próximo pasado.

Ciertamente, no puede hacerse referencia a la comisión de un delito sin que dicho extremo se acredite en forma distinta que por condena en sentencia firme. Mas como dice la Audiencia Provincial de Castellón en su auto de fecha 5 de julio de 2001, ello no equivale a que delito, condena y firmeza, deban producirse durante el periodo de libertad condicional (en este caso aún antes de comenzar el disfrute de dicho período) pues, por una parte, ello resulta contrario a la finalidad misma del referido instituto (la libertad condicional), que no es otra que la preparación de la vida honrada en libertad. Y, por otro, porque dicha interpretación equivaldría a hacer prácticamente irrevocable (en su caso) el beneficio en la mayoría de los supuestos, dado el tiempo medio de tramitación de los procedimientos penales y el escaso periodo por el que se concede la libertad condicional - el último tercio de la condena- cuando el delito se cometiera en los últimos días de su disfrute. Y, en cualquier caso, supondría un agravio comparativo según la mayor o menor duración de los procesos penales, lo que sin duda no es acorde ni con el espíritu de la ley ni con el fundamento y finalidad de aquélla. Por ello, cuando existen indicios racionales suficientes de la comisión de dicho delito, lo que sin duda acontece en este supuesto en el cual fue decretada la prisión preventiva de la imputada y su posterior libertad bajo fianza, puede revocarse el beneficio en su día concedido al quebrar la confianza depositada en el interno de hacer vida honrada en libertad, lo que equivale a la inexistencia del pronóstico favorable de reinserción social que, en todo caso, exige el artículo 90.3 del Código Penal.

51.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PAMPLONA DE FECHA 30/05/08

Se deja sin efecto por incidencias negativas.

RELACIONADO CON EL NUMERO 49

En fecha 3 de abril de 2008 se dictó Auto suspendiendo la libertad condicional del penado al haber ingresado en prisión para cumplir una nueva pena.

En fecha 25 de abril se recibió informe remitido por el Centro Penitenciario de Pamplona, en el que nos participa que se acordaba suspender cualquier salida del Establecimiento así como acordar la separación interior que proceda y el pase provisional a régimen ordinario, como consecuencia de la comisión de un nuevo delito y la recaída en el consumo de drogas.

En fecha 30 de abril de 2008 se recibió oficio del Centro Penitenciario de Pamplona adjuntando el nuevo pronóstico individualizado de integración social del referido interno.

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, este interesa se deje sin efecto la libertad condicional concedida al interno, y que se halla en suspenso, dado que el informe de pronóstico individualizado de integración social es negativo, al acogimiento familiar firmado en su día, sin olvidar el incidente de consumo de drogas protagonizado recientemente, unido a un nuevo procedimiento penal abierto.

Posteriormente se dio traslado de las actuaciones a la Letrada del interno para que alegase lo que a su derecho convenga, con el resultado que obra en el expediente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS:

En primer lugar deberá volverse a resaltar la especial situación jurídica que se da en el presente supuesto, dado que, autorizada en su momento la libertad condicional al penado, algo después surgió la primera incidencia de que se añadió una nueva ejecutoria para su cumplimiento lo que repercutía de manera fundamental sobre los períodos de extinción y, en concreto, sobre el de las tres cuartas partes, cuya fecha se retrasó de manera que ya no cumplía tal requisito objetivo para disfrutar de la libertad condicional. Como ya se explicó en el auto de 3 de abril pasado, en cualquier caso, se planteaba una situación sui géneris y no expresamente regulada, dado que el artículo 93 del Código Penal previene como razones de una revocación de la libertad condicional, bien la de comisión de nuevo delito, bien el incumplimiento de las condiciones impuestas, y como ello no concurría específicamente en el caso en cuestión, se adoptó una decisión que, evitando una decisión radical y más gravosa para el penado, al

mismo tiempo se adaptara de la manera más lógica posible al resto de las reglas y situaciones penitenciarias.

Por ello, sin privar de manera definitiva de la precitada libertad condicional, se decidió suspender su efectividad de manera provisional, en tanto se alcanzaba la nueva fecha de las tres cuartas partes de extinción de su condena, debiéndose mientras tanto aplicar el régimen de un tercer grado ordinario, de manera que llegada la nueva fecha, situación en la que nos encontramos, en aplicación de las normas penales y penitenciarias relativas a la concurrencia de todos los requisitos para alcanzar una libertad condicional, entre ellos, el pronóstico favorable de reinserción social, se debería resolver sobre la ratificación de la libertad condicional en cuestión o definitivamente descartarla.

A efectos de ser ilustrativos se indicará que, en definitiva, en la especial situación adoptada en el Auto de suspensión de 3 de abril, se venía a dejar sentado, de un lado, que nadie podía ya discutir que el penado cumplía todos los requisitos hasta el momento en que se había decidido su libertad condicional, pero que, de otro, dada la nueva incidencia, quedaba congelada, se abría un paréntesis temporal, durante el que el penado a todos los efectos esenciales y también a éste que ahora nos ocupa, quedaba sometido al régimen y criterios ordinarios de un tercer grado, durante el que el penado mediante un comportamiento y evolución correctos debía seguir mereciendo, cara a la nueva fecha en que se alcanzaran las tres cuartas partes, un pronóstico favorable de reinserción social, en cuyo caso se ratificaría y ampliaría la libertad condicional, o bien, caso contrario, se revocaría y dejaría sin efecto definitivamente.

Debe recalcarce la particularidad y complejidad de la situación jurídica, no estamos tratando de una eventual revocación de libertad condicional por hechos sucedidos con posterioridad y durante su disfrute en una situación normalizada de tal instituto, sino si debe ratificarse y ampliarse o no dicho beneficio, por hechos, actitudes y comportamientos sucedidos durante el tiempo en el que la libertad condicional ya no regía, estaba suspendida, y a alguien, a quien, a los efectos que aquí deben resolverse, se le deben aplicar los criterios y reglas propias de un tercer grado, estado en el que hay que y se encontraba el penado.

Y, desde tal perspectiva, desde luego que el penado no se ha ganado la ampliación y ratificación de la libertad condicional, pues durante el período en que ha permanecido en tercer grado penitenciario ha tenido com-

portamiento y actitudes, o ha dado claras muestras que hacen desconfiar muy seriamente de su capacidad para retomar una vida de integración social en situación de práctica libertad. Como se apunta en el informe de la Junta de Tratamiento, además de que de un lado se ha visto en vuelto en un incidente por el que se le sigue un juicio de faltas por hurto y cuyo juicio se va a celebrar en fechas próximas, asimismo debe recalcarse que puso en serio riesgo su propia vida, pues debió ser llevado a un centro hospitalario debido a un consumo abusivo de tóxico, a cuyo panorama cabe añadir que tampoco contaría con un domicilio de referencia pues el que en su momento se le brindó, ahora no se habría confirmado, si bien debe indicarse que, con domicilio o sin él, en ningún caso concurriría el pronóstico favorable de reinserción social imprescindible (artículo 90 del Código Penal).

ACUERDO:

Dejar sin efecto la Libertad Condicional de A.S.H. adoptada en el Auto de 12 de diciembre de 2007, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en tal situación, debiendo el penado seguir ingresado en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

CAPÍTULO XII

PERMISOS

CONCESIÓN

52.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 14/04/08

Se concede por ausencia de prueba de riesgo elevado de mal uso.

Se alza la parte recurrente frente al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, confirmando la denegación la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos del permiso de salida solicitado por el interno alegándose por el apelante que concurren los requisitos necesarios para su concesión, así como una falta de motivación de la resolución recurrida.

Con carácter general debemos dejar sentado que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que: «igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.»

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- a) Haber extinguido la cuarta parte de su condena.
- b) No observar mala conducta.
- c) La finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión «se podrán conceder».

Concurrentes los requisitos formales u objetivos -clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no observar mala conducta penitenciaria- tal y como acontece en el interno peticionario, resulta objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico ser desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Es de señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas la de 11 de noviembre de 1997, establecen que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Entendemos que en el presente caso el informe negativo de la Junta de Tratamiento, vino dado por, el tiempo que le restaba para cumplir las 3/4

partes de la condena, y que existía un riesgo elevado del mal uso del mismo.

Examinado el expediente del interno se observa como elementos positivos la buena conducta durante su estancia en el mismo, y cuenta con apoyo familiar para el disfrute del permiso solicitado, que se encuentra cumpliendo un plan de deshabitación del consumo de drogas en la Cruz Roja, desde el mes de mayo de 2006, siendo positiva su evolución.

Que cumplirá las 3/4 partes de la pena impuesta en el día 18 del presente, y la totalidad el 2 de mayo del año próximo.

El motivo por el cual la Junta de Tratamiento y el Juzgado, no le conceden el permiso se fundamenta en el hecho de haber dado positivo al consumo al regreso del permiso anterior, disfrutado en el mes de julio del año 2007, sin embargo tal y como se alega por la parte recurrente en el expediente del interno no consta la analítica de orina o sangre realizada, ni el resultado positivo al consumo (sin especificar a qué sustancia) al cual se hace referencia por la Junta para la denegación del permiso. Entendemos que la mera manifestación realizada por la Junta de Tratamiento en el expediente no resulta bastante como prueba pericial para fundamentar la denegación del permiso y por ello ante la ausencia de prueba que sirva para acreditar el mal uso del permiso anterior, procederá resolver en beneficio del interno y estimar el recurso interpuesto, habida cuenta que el resto de las circunstancias concurrentes son favorables para la concesión del permiso, habiendo disfrutado otros tres permisos con anterioridad.

53.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Se estima por cercanía a las 3/4 partes.

En fecha 8 de mayo de 2008, la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos acordó por unanimidad denegar el permiso solicitado por el interno, señalando como causa para ello la lejanía en la fecha de cumplimiento de los tres cuartos de condena, fijando un riesgo de quebrantamiento del 65 %, según indican las Tablas de Valores de Riesgo (folios 7 y 8 del expediente).

Consta en las actuaciones informe emitido por el Educador del Centro Penitenciario de fecha 8 de mayo de 2008 (folio 10) en el que se hace constar que es un interno "correcto y respetuoso con sus compañeros de internamiento y personal trabajador del Centro; se adapta con facilidad al régimen de vida institucional, no causando problema alguno; desde su ingreso ha participado en las actividades con una valoración destacada en el desarrollo de las mismas; trabaja en el taller productivo desde 15/06/06, con una valoración destacada en el desarrollo de dicha actividad". En el informe social (folios 11 y 12) se hace constar que fija como lugar de disfrute del permiso un domicilio en Burgos (dirección de un matrimonio amigo al que se trasladaría su compañera sentimental, M.A.A.G., que también reside en Burgos).

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestima la queja previa, haciendo suyo el criterio de lejanía del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, citando un auto de esta Sala de fecha 12 de mayo de 2008.

Además del auto citado, esta Sala también denegó el permiso en auto de fecha 23 de octubre de 2007 (Rollo de Apelación núm. 164/07. Expediente núm. 250/07), pero ya en éste se indicaba que "procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y ahora examinado, sin perjuicio de que el interno pueda solicitar nuevos permisos cuando sea razonablemente próximo el comienzo de una vida en libertad o semilibertad, en cuyo caso será tenido en cuenta el comportamiento penitenciario del interno para la concesión o denegación del permiso que se pueda solicitar". Desde la emisión de ambos autos ninguna variación se ha producido en el comportamiento penitenciario del interno, obteniendo valoración destacada en el desarrollo de las actividades realizadas.

Por el contrario, sí se ha producido un notable cambio en la situación de cumplimiento de las penas impuestas, encontrándose el interno, a la fecha de emisión de la presente resolución, muy próximo al cumplimiento de las 3/4 partes de su condena. En el citado auto de 23 de octubre de 2007 se decía que "1.- El interno cumple condenas por delitos de lesiones, robo con violencia y tenencia ilícita de armas, imponiéndosele un total de nueve años, seis meses y un día de Prisión por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid y Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid, 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde la fecha de 13 de marzo de 2006 y 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 24 de mayo de 2005, de las 1/2 la de 7 de

octubre de 2007 y la de 3/4 partes la de 20 de febrero de 2010, dejando totalmente extinguida la pena en fecha de 5 de julio de 2012".

Es decir, cumplirá las 3/4 partes de su condena en el plazo de un año y cinco meses. Esta Sala viene sosteniendo, para otorgar permisos penitenciarios, un periodo temporal de lejanía sobre las 3/4 partes del cumplimiento de la condena comprendido entre un año y año y medio, dependiendo su individualización de circunstancias objetivas como comportamiento penitenciario, arraigo familiar, posibilidades de reinserción social, etc. En el presente caso, vistas las circunstancias concurrentes en el interno que se recogen en los informes obrantes en el presente expediente y recogidas ya en el auto de fecha 23 de octubre de 2007, procede considerar adecuado el momento actual para que el interno comience a preparar su vida en libertad mediante el disfrute de los correspondientes permisos ordinarios de salida.

Por todo lo indicado, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y ahora objeto de examen y conceder el permiso solicitado, con la medida de seguridad que se indicará en la parte dispositiva de la presente resolución.

Que procediendo la estimación del recurso de apelación interpuesto por el interno, se deben declarar de oficio las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a sensu contrario del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el interno contra el auto de fecha 20 de junio de 2008 que desestimaba el recurso previo de reforma interpuesto contra el auto de fecha 2 de junio de 2008 por el que se desestimaba la queja interpuesta contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 8 de mayo de 2008 denegatorio por unanimidad del permiso de salida solicitado por el ahora recurrente, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 233/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, revocar las referidas resoluciones y autorizar el permiso ordinario solicitado.

Debiendo el interno, durante su disfrute, comparecer diariamente en dependencias policiales de su domicilio a efectos de control, todo ello con

declaración de oficio de las costas procesales devengadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida.

54.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 30/10/08

Estimación por concurrencia de requisitos favorables.

Se alza la parte recurrente frente al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, confirmando la denegación la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos del permiso de salida solicitado por el interno A.B.R., alegándose por el apelante que concurren los requisitos necesarios para su concesión.

Con carácter general debemos dejar sentado que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.»

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- a) Haber extinguido la cuarta parte de su condena.
- b) No observar mala conducta.
- c) La finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión «se podrán conceder.»

Concurrentes los requisitos formales u objetivos -clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no obser-

var mala conducta penitenciaria- tal y como acontece en el interno peticionario, resulta objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico ser desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Es de señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas la de 11 de noviembre de 1997, establecen que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Entendemos que en el presente caso el informe negativo de la Junta de Tratamiento, vino dado por la falta de consolidación de factores positivos y que existía un riesgo elevado del mal uso del mismo, cifrando el mismo en un 60%.

Examinado el expediente del interno se observa como elementos positivos la buena conducta durante su estancia en el mismo, realizando servicios de limpieza en el patio, cuenta con el apoyo de su hermana para el disfrute del permiso solicitado, y se halla sometido a programa de tratamiento con Metadona.

Como circunstancias negativas resulta el hecho de tener un pasado de consumo de drogas, puesto que no se aprecia lejanía en el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena de 3 años y 15 días que se encuentra cumpliendo, dada su proximidad el 25 de enero del año 2009.

Por todo ello entendemos que procederá la estimación del recurso, con la condición de que el interno se someta a analítica de drogas al inicio y finalización del permiso.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

En su virtud la Sala acuerda,

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por A.B.R. frente al auto de fecha 12/8/2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla y León en Exp. nº 332/08 REVOCANDO el mismo, en el sentido de conceder al recurrente el permiso solicitado con la condición de someterse a analítica de drogas al inicio y finalización del permiso, declarando de oficio las costas procesales.

55.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 07/11/08

Estimación por mantenimiento circunstancias favorables y transcurso de un año desde incidencia negativa.

Que la parte recurrente en apelación indica en su recurso que concurren en J. I. S. P. los requisitos legales establecidos en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para la concesión de permisos penitenciarios, indicando que se halla clasificado en segundo grado penitenciario, ha cumplido el periodo exigible para la concesión de permisos (la cuarta parte de su condena) y no ha observado mala conducta, habiendo disfrutado además con anterioridad de dos permisos penitenciarios y contando con ayuda y apoyo en el exterior (hermana, compañera sentimental y madre de ésta).

Nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en sentencia de 11 de noviembre de 1997, establece que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de

darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones. Así pues la concesión de permisos de salida no tiene la consideración de beneficios penitenciarios o recompensas por buen comportamiento sino que constituye un elemento integrante del tratamiento penitenciario como preparación para la vida en libertad. En consecuencia el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario sobre el cumplimiento de la cuarta parte de la condena, no observar mala conducta y estar clasificado dentro del segundo grado penitenciario no suponen "per se" el otorgamiento del permiso siendo determinante el criterio de oportunidad de su concesión dentro del programa de tratamiento.

El disfrute de permisos penitenciarios no constituye un derecho absoluto e incondicionado del interno, sino que está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos. Tanto unos como otros son necesarios para que proceda la concesión, de modo que, si falta alguno, la decisión deberá ser denegatoria del permiso. Entre los primeros destaca la clasificación del interno en segundo o tercer grado, la extinción de una cuarta parte de la condena y la exigencia de buena conducta penitenciaria, requisitos estos que cumple el recurrente. Como requisitos subjetivos hay que reservar la improbabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo en orden a la comisión de nuevos delitos, y la falta de repercusión negativa de la salida como preparatoria para la vida en libertad o programa de tratamiento.

Así el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento antes citado regulan los permisos ordinarios cuando establecen que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta. Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son: a) haber extinguido la cuarta parte de su condena, b) no observar mala conducta y c) la finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión "se podrán conceder".

Mientras que el juicio de verificación de la concurrencia de los requisitos objetivos, por la naturaleza propia de éstos, no ofrece problemas, la comprobación de los requisitos subjetivos, por referirse a un comportamiento futuro, solo puede ser deducida mediante un juicio de pronóstico, que tenga en cuenta las circunstancias personales y psicológicas del interno, el tiempo que lleva en prisión, el que le queda para alcanzar la libertad condicional, etc.

Concurrentes los requisitos formales u objetivos es objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

En el presente caso queda acreditado por prueba documental (folio 5 del expediente) que: 1.- J.I.S.P. cumple condena en el Centro Penitenciario de Burgos en virtud de sentencia dictada por la Sección Tercera de Sevilla por delito contra la salud pública, siéndole impuesta la pena de nueve años y un día de prisión, 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde la fecha de 18 de junio de 2008 y 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 10 de julio de 2004 y la de las 3/4 partes la de 8 de enero de

2009, dejando totalmente extinguida la pena en fecha 9 de abril de 2011. Ello determina el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos por la Ley y el Reglamento General Penitenciario para la concesión del permiso solicitado.

Sin embargo la mera concurrencia de dichos requisitos no basta para la concesión del permiso penitenciario reclamado, debiendo los mismos ser complementados con los subjetivos reseñados, es decir, la improbabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo en orden a la comisión de nuevos delitos y la falta de repercusión negativa de la salida como preparatoria para la vida en libertad o programa de tratamiento. En este punto es emitido por la Junta de Tratamiento, al amparo de lo previsto en el artículo 161.1 del Reglamento Penitenciario, en fecha 24 de julio de 2008, acuerdo en el que por unanimidad de sus miembros se decide denegar el permiso solicitado indicando como causa justificativa de dicha denegación "resultado positivo a la analítica de consumo y alta puntuación en la Tabla de Variables de Riesgo" que se fija en un 95 %.

Dicha justificación es asumida por la Juzgadora de Vigilancia Penitenciaria en su auto de fecha 26 de agosto de 2008, denegatorio de la queja previa, al indicar en el fundamento de derecho segundo, que "considerando que el interno dio positivo a consumo de cocaína en analítica realizada en noviembre de 2007, con ocasión del disfrute de un permiso, y que es criterio de este Juzgado que en este supuesto ha de transcurrir un año y que el interno ha de seguir el oportuno tratamiento antes de volver a disfrutar de permisos, el recurso no puede prosperar".

Esta Sala no comparte dichos argumentos de la Jueza de Vigilancia Penitenciaria, pero debemos tener en consideración que en la fecha de emisión de la presente resolución ya ha transcurrido el año que en el auto transcrito se indica. Así queda acreditado documentalmente que el análisis de orina en el que el interno da positivo al consumo de cocaína se produce en el Laboratorio en fecha 5 de noviembre de 2007, aún cuando la plasmación por escrito de su resultado es de fecha 20 de noviembre, con lo que al día de hoy ha transcurrido el año señalado por la Jueza "a quo", reestabliéndose el derecho al disfrute de permisos penitenciarios al concurrir los requisitos legalmente establecidos para ello.

J.I.S.P. ha cumplido en fecha 10 de julio de 2004 la 1/4 parte de su condena, alcanzando en fecha muy próxima el cumplimiento de las 3/4 partes de la misma.

Está clasificado en segundo grado penitenciario con fecha 18 de junio de 2008.

Ha mantenido buena conducta penitenciaria. Al expediente se incorpora informe de la Educadora del Centro de fecha 6 de agosto de 2008 en el que consta que "se trata de un interno de aspecto aseado, tranquilo, comunicativo y correcto en el trato; desde su ingreso en el Centro ha mantenido una conducta adaptada a la normativa penitenciaria con ausencia de sanciones; desempeña actividad laboral en los talleres productivos del Centro; la valoración semestral de actividades de la Junta de Tratamiento es destacada; se relaciona con normalidad con sus compañeros sin que consten problemas de convivencia; no parece mantener relaciones con grupos de tráfico o de extorsión; ha disfrutado de permisos de salida pero en analítica realizada a la salida de permiso en el mes de Noviembre se detecta consumo de cocaína, por lo que se le suspenden los permisos ya concedidos, a excepción de uno que tenía por estimación de recurso de apelación por la Audiencia Provincial, al considerar ésta que podía existir duda razonable sobre si el informado consumió drogas, en el mes de Febrero disfrutó dicho permiso con aparente buen uso".

Asimismo se incorpora informe de la psicóloga del Centro Penitenciario de fecha 11 de enero de 2008 en el que consta que "posee buenas capacidades intelectuales y recursos y habilidades para resolver situaciones conflictivas, así como para adaptarse a cualquier medio; independiente y extrovertido, sabe muy bien desenvolverse en cualquier medio; ante los funcionarios su comportamiento es correcto y respetuoso; muestra actitud positiva ante la adversidad, como puede ser su situación de encarcelamiento; de hecho, asume la responsabilidad del delito, reconociendo la autoría de los hechos y acepta de buen grado su condena; no presenta problemática tóxica". Dicho informe concluye diciendo que "el profesional que suscribe considera conveniente que disfrute de permisos de salida para ir preparando su salida en libertad".

J.I.S.P., efectivamente, disfrutó de un permiso penitenciario ordinario en fechas comprendidas entre el 8 y el 14 de febrero de 2008 (después del positivo al consumo de cocaína de 5 de noviembre de 2007) en Madrid, en el domicilio de su esposa y en compañía de ésta, su hija y su suegra, sin que conste ninguna incidencia negativa en el disfrute del mismo. En la actualidad se mantienen las mismas circunstancias que aconsejaron la concesión por esta Sala del mencionado permiso, contando con el mismo apoyo familiar y externo y constando en el informe de la psicóloga, según

hemos indicado, la ausencia de problemática tóxica. Únicamente ha variado una circunstancia, siendo ésta el haber transcurrido ya el año de suspensión que establece la Juzgadora de Vigilancia Penitenciaria en su auto.

Por todo lo indicado procede estimar el recurso interpuesto y conceder el permiso penitenciario reclamado, adoptando, no obstante, las medidas aseguratorias que en la parte dispositiva de esta resolución se indicarán.

Que, procediendo la estimación del recurso interpuesto por J.I.S.P., se deben declarar de oficio las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a sensu contrario del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo expuesto, este Tribunal acuerda:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por J.I.S.P. contra el auto de fecha 19 de septiembre de 2008 que desestimaba el recurso previo de reforma interpuesto contra el auto de fecha 26 de agosto de 2008 que desestimaba a su vez la queja presentada contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 24 de julio de 2008 en el que por unanimidad de sus miembros se denegaba el permiso ordinario solicitado, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 191/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, revocar las referidas resoluciones y autorizar el disfrute del permiso penitenciario ordinario solicitado por el interno J.I.S.P. Todo ello con declaración de oficio de las costas procesales causadas en la presente apelación.

Durante el disfrute del permiso el interno deberá cumplir las siguientes medidas aseguratorias:

1.- El permiso lo disfrutará en el domicilio señalado al efecto por el interno.

2.- Inmediatamente antes de iniciar su permiso e inmediatamente después de su reingreso una vez disfrutado éste, deberá someterse a pruebas analíticas sobre consumo de drogas o sustancias tóxicas.

Deberá presentarse diariamente en dependencias de las Fuerzas de Seguridad de su lugar de residencia.

Todo ello con el apercibimiento de que el incumplimiento de las medidas aseguratorias podrá dar lugar a la denegación de permisos posteriores.

56.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 11/11/08

Estimación por proximidad al cumplimiento de las 3/4 partes.

Que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario deniega la concesión del permiso, alegando como causa de justificación "la alta puntuación en la Tabla de Variables de Riesgo" que llega a alcanzar un máximo del 95 %, riesgo muy elevado. La Jueza de Vigilancia Penitenciaria, en auto de fecha 25 de septiembre de 2008, desestima la queja previa presentada por J.J.C.B. contra el acuerdo denegatorio del permiso, señalando dicho auto que, en el presente caso, ciertamente el interno cumple los requisitos objetivos para disfrutar del permiso, pero lo deniega en razón al tiempo que le resta al interno para cumplir la condena.

Sin embargo, esta Sala de Apelación ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la concesión de permisos penitenciarios al interno J.J.C.B. En auto de fecha 23 de julio de 2008 (Rollo de Apelación núm. 111/08. Expediente núm. 152/08) asumíamos íntegramente el criterio de la lejanía temporal del cumplimiento de las 3/4 partes de las condenas impuestas, al no haber alcanzado en aquella fecha ni tan siquiera el cumplimiento de la mitad de las mismas (cumplió en fecha 23 de septiembre de 2008). Sin embargo, una vez extinguida la mitad de las penas, esta Sala abandonó el criterio de la lejanía y concedió sendos permisos penitenciarios en autos de fechas 10 de octubre de 2008 (Rollo de Apelación núm. 142/08. Expediente núm. 326/08) y 14 de Octubre de 2008 (Rollo de Apelación núm. 149/08. Expediente núm. 289/08), estimando recursos de apelación interpuestos contra Acuerdos de la Junta de Tratamiento Penitenciario de fechas 3 de julio y 22 de mayo de 2008 respectivamente.

En el auto de fecha 10 de octubre de 2008 indicábamos que "En el día de esta resolución le resta al interno para alcanzar el cumplimiento de las 3/4 partes de su condena un periodo de un año y cuatro meses, con lo que decae el argumento de la lejanía sostenido reiteradamente por el Centro

Penitenciario y entrando J.J.C.B. en el tramo temporal en el que habitualmente se suelen conceder por esta Sala los permisos penitenciarios solicitados. Máxime teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interno y que aparece recogida en el informe social.

Nos encontramos ante un nacional colombiano que sin embargo tiene arraigo en territorio español. Se hace constar en el informe que "mantiene una relación estable con D.M.V.C. con la que tiene dos hijos (un niño de 10 años y una niña de 8 años). D. está legalmente afincada en España, trabajando, y residiendo junto con una prima del interno en la ciudad de Burgos. También en la ciudad de Burgos reside otra prima de J.J.C.B.

No consta que el interno sea consumidor de drogas o sustancias estupefacientes, manteniendo un correcto comportamiento en su vida penitenciaria e informando al educador en fecha 2 de junio de 2008 que "desde su ingreso asiste al taller ocupacional y a un curso de musicoterapia; continúa asistiendo al taller ocupacional a manualidades y también asiste a un curso de integración de extranjeros, a otro de Historia del Arte y a otro de Informática; su integración, así como su comportamiento con funcionarios e internos es correcto; comunica habitualmente con su mujer quien vive y trabaja en Burgos".

Se dan pues todos los requisitos establecidos en los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario, es decir a) encontrarse clasificado en el segundo o tercer grado penitenciario, b) haber extinguido la cuarta parte de su condena, c) no observar mala conducta y d) la finalidad del permiso que no es otra que la de preparar la vida en libertad, requisito finalista o teleológico.

Las circunstancias concurrentes en el interno atenúan de forma importante el resultado de las Tablas de Riesgo que es tenido en cuenta por la Junta de Tratamiento para informar negativamente a la concesión del permiso, siendo el momento actual el adecuado para comenzar a preparar la pronta vida en libertad de J.J.C.B., si bien, al ser el primero otorgado, procede fijar unas medidas de seguridad que se indicarán en la parte dispositiva de la presente resolución y de cuyo cumplimiento se hará depender la concesión de ulterior o ulteriores permisos penitenciarios".

En el auto de fecha 14 de octubre de 2008 reproducíamos los argumentos dados por esta Sala en el auto de fecha 10 de octubre de 2008.

Estos mismos pronunciamientos son ahora también directamente aplicables al presente caso al no haber variado las circunstancias tenidas en

cuenta para estimar los anteriores recursos de apelación, salvo un mayor cumplimiento (al día de hoy le resta para extinguir las 3/4 partes de su condena menos de 1 año y 4 meses) lo que le hace entrar en el periodo comprendido entre un año y un año y seis meses anteriores al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena que esta Sala toma como criterio para conceder permisos penitenciarios. No existen razones objetivas para modificar la posición de esta Sala y detener la preparación del interno para su pronta vida en libertad, debiendo por ello seguir con el disfrute de permisos penitenciarios ordinarios en cuyos disfrutes deberá cumplir las medidas de seguridad establecidas en la parte dispositiva de la presente resolución.

Por todo lo indicado procede la estimación del motivo de apelación esgrimido y ahora objeto de examen.

Que, procediendo la estimación del recurso interpuesto por J.J.C.B., se deben declarar de oficio las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a sensu contrario del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo expuesto, este Tribunal acuerda:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por J.J.C.B. contra el auto de fecha 25 de septiembre de 2008 que desestimaba la queja previa interpuesta contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 4 de septiembre de 2008 denegatorio por unanimidad de sus miembros del permiso de salida solicitado por el ahora recurrente, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 484/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, revocar la referida resolución y autorizar el disfrute del permiso penitenciario ordinario solicitado por el interno J.J.C.B. que había sido denegado por la Junta de Tratamiento en el acuerdo anteriormente citado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida.

Durante el disfrute del permiso, J.J.C.B. deberá presentarse diariamente en dependencias policiales del lugar de residencia, apercibiéndose que el

incumplimiento de dicha presentación podrá suponer la denegación de ulteriores permisos penitenciarios.

57.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 14/11/08

Estimación de recurso de apelación contra auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegatorio de permiso.

Por el Letrado, en representación de F.J.C.M., se interpuso Recurso de Apelación contra Auto de fecha 12/09/2008, desestimatorio del Recurso de Reforma interpuesto por dicha parte, y, admitido por el Juzgado Instructor, se dio traslado a las partes para alegaciones con el resultado obrante en autos.

Se alza la parte recurrente frente al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, confirmando la denegación la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos del permiso de salida solicitado por el interno F.J.C.M. alegándose por el apelante que concurren los requisitos necesarios para su concesión.

Con carácter general debemos dejar sentado que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que: «igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta».

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- a) Haber extinguido la cuarta parte de su condena.
- b) No observar mala conducta.
- c) La finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión «se podrán conceder».

Concurrentes los requisitos formales u objetivos -clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no observar mala conducta penitenciaria- tal y como acontece en el interno peticionario, resulta objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico ser desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Es de señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas la de 11 de noviembre de 1997, establecen que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Entendemos que en el presente caso el informe negativo de la Junta de Tratamiento, vino dado por la gravedad de los delitos cometidos, la insuficiente consolidación de factores positivos y que existía un riesgo elevado del mal uso del mismo, cifrando el mismo en un 65%.

Esta Sala ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la indefinición que como motivo constituye la denominada insuficiente consolidación de factores positivos, la cual acarrea indefensión a la parte por su indeterminación.

Así mismo el hecho de la gravedad delictiva no puede ser tomado por sí solo como un motivo para la denegación del permiso, puesto que ya fue tomado en su día para la imposición de la pena o penas correspondientes.

Dicho lo que antecede y examinado el expediente del interno se observa como elementos positivos la buena conducta durante su estancia en el mismo, asistiendo a la escuela, estando sometido a un plan de deshabituación de drogas, dirigido por la Cruz Roja, y merece destacarse que cuenta con el apoyo de su hermana para el disfrute del permiso solicitado.

Por ello entendemos que habiendo cumplido la cuarta parte de la condena el 20/07/2008, y cumpliendo la totalidad el 23/11/2009, resultando que por esta Sala se le ha concedido recientemente otro permiso (mes de octubre), procederá la estimación del recurso, con la condición de someterse a analítica de drogas al inicio y finalización del mismo, presentación diaria ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, debiendo comunicarse a la víctima respecto de la que tiene acordada la pena de alejamiento, el disfrute del permiso por el ahora recurrente.

Estimar el recurso de apelación interpuesto por F.J.C.M. contra Auto de fecha 12/09/2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla y León en Exp. nº 339/08 revocando el mismo en el sentido de conceder el permiso ordinario de salida solicitado con las condiciones de someterse a analítica de drogas al inicio y finalización del mismo, presentación diaria ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, con declaración de oficio las costas procesales.

58.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Se estima por interpretación divergente de requisitos subjetivos.

Se alza la parte recurrente frente al auto de fecha 02/06/2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, confirmando la denegación la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos del permiso de

salida solicitado por el interno, alegándose por el apelante que concurren los requisitos necesarios para su concesión.

Con carácter general debemos dejar sentado que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.»

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- a) Haber extinguido la cuarta parte de su condena.
- b) No observar mala conducta.
- c) La finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión «se podrán conceder.»

Concurrentes los requisitos formales u objetivos -clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no observar mala conducta penitenciaria- tal y como acontece en el interno peticionario, resulta objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico ser desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la obser-

vancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Es de señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas la de 11 de noviembre de 1997, establecen que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

En el presente caso el informe negativo de la Junta de Tratamiento, se fundamentó en la falta de consolidación de factores positivos, y que existía un riesgo elevado del mal uso del mismo, cifrando el mismo en un 75%.

Esta Sala tiene declarado reiteradamente que el genérico e impreciso motivo, fundamentador de la denegación del permiso causa indefensión a la parte, al desconocer el origen de dicha conclusión.

Examinado el expediente del interno se observa como elementos positivos la buena conducta durante su estancia en el mismo, realizando trabajos en talleres productivos, con un rendimiento destacado, contando con apoyo familiar para el disfrute del permiso solicitado.

Si bien el interno presenta una adicción a sustancias tóxicas, se encuentra siguiendo un programa de deshabituación en el Centro Penitenciario, coordinado por la Cruz Roja, participando en la terapia y acudiendo a las sesiones.

Entendemos que el hecho de que cumpla las 3/4 partes de la condena en fecha 30/08/09 no puede ser tomado como lejanía, y si bien es cierto su reiteración delictiva, encontrándose cumpliendo una pena acumulada de 15 años de prisión por 16 causas, ello ya fue tenido en cuenta para la fijación de las respectivas condenas, y no puede servir por sí solo para fundamentar la denegación del permiso.

Por todo ello procederá la estimación del recurso con la condición de que el interno se someta a analítica de drogas al comienzo y finalización

del mismo, unido a la presentación diaria ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el interno, frente al auto de fecha 02/06/08 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla y León en Exp. nº 88/08 revocando el mismo en el sentido de conceder el permiso de salida solicitado con las condiciones de que el recurrente se someta a analítica de drogas al comienzo y finalización del mismo, unido a la presentación diaria ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, declarando de oficio las costas procesales.

DENEGACIÓN

59.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 13/06/08

Desestimación por riesgo de quebrantamiento de condena y de reincidencia delictiva.

Establece el artículo 47 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 154 de su Reglamento la regulación de la concesión de los permisos de salida que se pueden conceder a los internos en Centros Penitenciarios, teniendo como finalidad esencial de los mismos la preparación para la vida en libertad de los penados, objetivo que obliga pues a entender los permisos como "corrección y readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento..." (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996 de 24 de junio).

Recogiéndose en el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario los tres requisitos que deben concurrir para poder acceder a la concesión de tales permisos, como son que el interno haya extinguido la cuarta parte de la condena, que se encuentre clasificado en segundo o tercer grado, en función del tiempo de duración del mismo, y que el interno no observe mala conducta, ha de considerarse por tanto que tiene el carácter de mínimo necesario, ya que dicho precepto prevé la posibilidad de que pese a concurrir en el interno que solicita el permiso la Junta de Tratamiento puede no proponerlo y el Juez de Vigilancia puede denegarlo, y así se deduce de la expresión "podrán" que utiliza el precepto antes dicho.

El Tribunal Constitucional (vid. p. ej. Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000) ha llamado también la atención sobre las caute- las que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, declarando que es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que éstos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su dene- gación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.

En el presente caso consta: 1) que el interno cumple condena por un delito de coacciones, 2) que está clasificado en segundo grado penitencia- rio con efectos desde el 16 de enero de 2008, 3) se señala como fecha de cumplimiento de la 1/4 de la condena el 16 de diciembre de 2007, de la 1/2 el 15 de marzo de 2008, de las 3/4 el 13 de junio de 2008 y las 4/4 el 11 de septiembre de 2008. Sin embargo la mera concurrencia de los requisitos exigidos no basta para la concesión del permiso debiendo los mismos ser completados con los subjetivos reseñados, es decir, la improbabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo de que el interno cometa nuevos delitos y la falta de repercusión negativa de la sali- da como preparatoria para la vida en libertad o programa de tratamiento.

El presente caso la Junta de Tratamiento de Centro Penitenciario, cuyo informe es preceptivo conforme establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, en acuerdo de fecha 22 de enero de 2008, denegó por una- nidad el permiso solicitado por el interno recurrente, siendo dicho acuerdo ratificado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de esta capital por auto de fecha uno de febrero de 2008, debiendo mante- nerse tal resolución, pues atendiendo a las circunstancias concurrentes nos encontramos con que el interno recurrente cumple condena por la comi- sión de un delito de coacciones en el ámbito familiar y que el interno, tal y como resulta del informe social incorporado a las actuaciones, señala que cuenta con el apoyo de su compañera sentimental e hijo a pesar de haber tenido orden de alejamiento sobre la primera, facilitando como domicilio el piso propiedad de su hijo, donde vive con su madre víctima del delito por que ha sido condenado. Todo ello hace que exista un riesgo elevado de quebrantamiento de la condena impuesta y de reincidencia delictiva lo que lleva con desestimación del recurso a la confirmación en su integridad del auto impugnado.

Desestimar el recurso interpuesto por la representación de K.D.P. contra el auto de fecha uno de febrero de 2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Burgos y confirmar en su integridad el auto impugnado con imposición de costas al apelante.

60.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 23/07/08

Se desestima por consumo de cocaína durante el último permiso disfrutado.

Que la parte recurrente en apelación indica en su recurso que concurren en el interno los requisitos legales establecidos para la concesión de permisos penitenciarios, (clasificación en segundo grado penitenciario y cumplimiento de la 1/4 parte de la condena impuesta) observando, además, un buen comportamiento (no constan en su expediente partes o sanciones) y teniendo vinculación y apoyo familiar para el disfrute del permiso solicitado.

Señala la parte apelante que "no es posible afirmar que se deniega el permiso de salida por haber dado positivo en analítica de droga. Existen planteamientos doctrinales y jurisprudenciales en los que se llega a admitir la concesión de permisos cuando la toxicomanía no haya desaparecido, incluso a pesar de algún intento de tratamiento específico ... resultando que en este caso, se cumplen los requisitos formales para el disfrute de un permiso, puesto que mi defendido observa buena conducta, ha disfrutado de un permiso durante el pasado año y ha cumplido más de la mitad de su condena, entendemos que el hecho de que al regreso de su último permiso fuese sometido a control sobre detección de consumo de drogas y que éste diese positivo, no puede entenderse como suficiente para denegar el permiso"

Una vez más debe indicar esta Sala, como ya lo ha realizado en múltiples resoluciones anteriores, que nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia de 11 de noviembre de 1997, establece que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en

relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones. Así pues la concesión de permisos de salida no tiene la consideración de beneficios penitenciarios o recompensas por buen comportamiento sino que constituye un elemento integrante del tratamiento penitenciario como preparación para la vida en libertad. En consecuencia el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario sobre el cumplimiento de la cuarta parte de la condena, no observar mala conducta y estar clasificado dentro del segundo grado penitenciario no suponen «per se» el otorgamiento del permiso siendo determinante el criterio de oportunidad de su concesión dentro del programa de tratamiento.

El disfrute de permisos penitenciarios no constituye un derecho absoluto e incondicionado del interno, sino que está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos. Tanto unos como otros son necesarios para que proceda la concesión, de modo que, si falta alguno, la decisión deberá ser denegatoria del permiso. Entre los primeros destaca la clasificación del interno en segundo o tercer grado, la extinción de una cuarta parte de la condena y la exigencia de buena conducta penitenciaria, requisitos estos que cumple el recurrente. Como requisitos subjetivos hay que reservar la improbabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo en orden a la comisión de nuevos delitos, y la falta de repercusión negativa de la salida como preparatoria para la vida en libertad o programa de tratamiento.

Así el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento antes citado regulan los permisos ordinarios cuando establecen que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta. Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son: a) haber extinguido la cuarta parte de su condena, b) no observar mala conducta y c) la finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales

ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión "se podrán conceder".

Mientras que el juicio de verificación de la concurrencia de los requisitos objetivos, por la naturaleza propia de éstos, no ofrece problemas, la comprobación de los requisitos subjetivos, por referirse a un comportamiento futuro, solo puede ser deducida mediante un juicio de pronóstico, que tenga en cuenta las circunstancias personales y psicológicas del interno, el tiempo que lleva en prisión, el que le queda para alcanzar la libertad condicional, etc.

Concurrentes los requisitos formales u objetivos es objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

En el presente caso queda acreditado por prueba documental (folio 6 del expediente) que: 1.- El interno cumple condenas en el Centro Penitenciario de Burgos en virtud de sentencias dictadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial y de los Juzgados de lo Penal de Almería por delitos de robo con fuerza, estafa y falsedad documental imponiéndosele un penal total de nueve años, cuarenta y siete meses y quince días, 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde la fecha de 2 de septiembre de 2005 y 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 7 de mayo de 2004 y la de las 3/4 partes la de 11 de enero de 2009, dejando totalmente extinguida la pena en fecha 16 de

mayo de 2011. Ello determina el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos por la Ley y el Reglamento General Penitenciario para la concesión del permiso solicitado.

Sin embargo la mera concurrencia de dichos requisitos no bastante para la concesión del permiso penitenciario reclamado, debiendo los mismos ser complementados con los subjetivos reseñados, es decir, la improbabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo en orden a la comisión de nuevos delitos y la falta de repercusión negativa de la salida como preparatoria para la vida en libertad o programa de tratamiento. En este punto es emitido por la Junta de Tratamiento, al amparo de lo previsto en el artículo 161.1 del Reglamento Penitenciario, en fecha de 31 de enero de 2008, acuerdo en el que por unanimidad se decide denegar el permiso solicitado indicando como causa justificativa de dicha denegación "lejanía de la fecha de cumplimiento de los tres cuartos de condena y resultado positivo en analítica de consumo", considerando existente un riesgo elevado de quebrantamiento de condena y de mal uso del permiso pedido, estableciendo un riesgo de fuga bastante elevado que se fija en el 60 %.

De los dos argumentos dados por la Junta de Tratamiento, sólo el del resultado positivo al consumo de cocaína debe tener virtualidad para denegar el permiso solicitado, pues el de la lejanía es inoperante cuando consta que el interno cumple las 3/4 partes de su condena en fecha 11 de enero de 2009, entrando dentro del periodo que esta Sala considera adecuado para la concesión de permisos como medio de preparación de la pronta vida en libertad. La Juzgadora de instancia prescinde, en su auto desestimatorio de la queja previamente interpuesta, del motivo de la lejanía y solo sostiene la negación del permiso en la analítica de orina practicada y nos dice que "el recurso presentado no puede prosperar, considerando que el interno dio positivo al consumo de la cocaína en la analítica realizada en fecha 06/12/07 con motivo del disfrute de un permiso, hechos indicativos de que la adición del interno no está superada y que precisa la realización con éxito de alguno de los tratamientos que proporciona el Centro Penitenciario a tal fin y del transcurso del plazo mínimo de un año fijados por este Juzgado en los supuestos de positivo a cocaína y opiáceos".

En efecto, consta en el expediente que el interno disfrutó de un permiso penitenciario entre las fechas de 30 de noviembre y 6 de diciembre de 2007. A la vuelta del permiso es inmediatamente sometido a analítica de orina, dando resultado positivo al consumo de cocaína (prueba pericial documen-

tada al folio 18). Ello supone el incumplimiento de las condiciones mínimas establecidas para el disfrute del permiso y determina el mal uso del mismo, siendo prueba de que el interno no está preparado para desarrollar una vida en libertad, máxime si se tiene en cuenta los informes complementarios obrantes en el expediente, que, si bien son emitidos con fecha posterior a la del reingreso en prisión, nos dan una clara visión del estado personal del interno. Así el informe emitido por la Psicóloga del Centro Penitenciario concluye que es prematura la preparación de su salida a la libertad, indicando que "la inmadurez e inestabilidad personal que presenta le lleva a comportamiento variable en su tratamiento de tóxicos, alternando periodos de abstinencia con otros de consumo abusivo; ha estado en tratamiento durante algún tiempo con el CPD de Almería, sin obtener finalmente mucho éxito en el mismo; actualmente se encuentra en contacto con la Cruz Roja, no presenta trastornos psicopatológicos ni comportamientos anómalos, lo único reseñable es su problemática tóxica y todo gira en torno a ella" (informe emitido en fecha 28 de abril de 2008 y obrante al folio 20 del expediente). A su vez, el informe emitido por el Departamento de Trabajo Social, éste en fecha 23 de marzo de 2006 (anterior al disfrute del permiso de noviembre de 2007) establece una drogopendencia a la cocaína y la heroína desde los 23 años de edad, drogopendencia que no ha abandonado si se tiene en cuenta los resultados de la analítica de orina. Finalmente el educador, en fecha 30 de abril de 2008 (folio 21) nos dice que "al día de la fecha no realiza actividad alguna, ya que en fechas recientes ha sido dado de baja en los talleres productivos del Centro por falta de asistencia", lo que determina una dejación y abandono de la normalidad de la vida penitenciaria que hasta ese momento venía desarrollando.

El incumplimiento de la condición fijada para el disfrute del permiso anterior, el mantenimiento del consumo de drogas en libertad y el no seguimiento con resultados apropiados de proceso de deshabitación nos aboca a considerar no concurrentes los requisitos subjetivos exigibles para continuar disfrutando de permisos carcelarios, al menos durante el año siguiente a la acreditación del consumo de cocaína, periodo de tiempo durante el cual deberá seguir tratamiento de drogopendencia, de cuyos resultados se hará depender la concesión o denegación de permisos.

Que procediendo la desestimación del recurso interpuesto por el interno, se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio obje-

tivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el interno contra el auto de fecha 20 de mayo de 2008 que desestimaba la queja interpuesta contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 31 de enero de 2008 denegatorio por unanimidad de sus miembros del permiso de salida solicitado por el ahora recurrente, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 91/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, y ratificar las referidas resoluciones en todos sus pronunciamientos, todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación.

61.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Se desestima por lejanía de las 3/4 partes.

Se alza la parte recurrente frente al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por el cual no se autorizaba el permiso ordinario de salida propuesto por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos y solicitado por el interno, alegándose por el apelante que concurren los requisitos necesarios para su concesión.

Con carácter general debemos dejar sentado que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.»

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- a) Haber extinguido la cuarta parte de su condena.
- b) No observar mala conducta.
- c) La finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión «se podrán conceder.»

Concurrentes los requisitos formales u objetivos -clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no observar mala conducta penitenciaria- tal y como acontece en el interno peticionario, resulta objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico ser desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Es de señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas la de 11 de noviembre de 1997, establecen que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Entendemos que en el presente si bien la Junta de Tratamiento (por mayoría de 5 votos a 3) ha emitido informe favorable al disfrute del permiso solicitado, se omiten las razones que han determinado la emisión de dicha propuesta, y no obstante se considera por dicho Órgano que existe un riesgo bastante elevado del mal uso del mismo, cifrado en un 65%.

Examinado el expediente del interno se observa como elementos positivos la buena conducta durante su estancia en el mismo (no constan sanciones), realizando servicios de auxiliar de cocina, realiza terapia de apoyo, etc. Así mismo también merece destacarse que cuenta con apoyo familiar para el disfrute del permiso solicitado.

Como circunstancias negativas resultan el hecho de tener un pasado de consumo de drogas, en concreto cocaína, y no haberse sometido a tratamiento de deshabituación, así como la lejanía en el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, (21/02/2010), y habiendo sido condenado a una pena de nueve años de prisión la dejará extinguida el 21/03/2013.

A ello deberemos de indicar que es cierto que el interno cumple el requisito mínimo temporal del cumplimiento de la cuarta parte de la condena para acceder a la concesión de permisos penitenciarios, pero no es menos cierto que la concesión de dichos permisos tienen como finalidad la preparación de la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo.

El criterio de la lejanía en el tiempo del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena es unánimemente aceptada por nuestra jurisprudencia como criterio de valoración para determinar si el permiso penitenciario a conceder cumple la finalidad de preparación para la vida en libertad. Así, nuestro Tribunal Constitucional señala, entre otras en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999, en la que aborda asimismo el tema de la falta de motivación de las resoluciones denegatorias, que "no cabe entender que las resoluciones aquí impugnadas hayan supuesto, en el caso presente, una vulneración del derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva.

El criterio del tiempo que resta al interno para el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena es acogido por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León como elemento que lleva a considerar prematuro el otorgamiento del permiso tendente a la preparación de la vida en libertad, pudiendo señalar a

título de ejemplo la resolución de la Audiencia Provincial de León de fecha 14 de febrero de 2005, que se hace eco de otras de Valladolid.

De tal forma, que la lejanía de la fecha para el cumplimiento de la pena sí viene a constituir un factor a valorar en orden a la concesión o denegación de un permiso. Careciendo de sentido el otorgarse el permiso para ir preparando el interno su vida en libertad, cuando se presenta lejana dicha vida en libertad y no viene a existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende (Autos de las Audiencias Provinciales de Valladolid, Sección 4ª, de 19 de enero de 2004 y de León, Sección 2ª de 25 de febrero de 2004, así como de esta propia Sala).

Por todo ello procederá la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida en su integridad

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por J.N.D.V. frente al auto de fecha 12/06/2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla y León en Exp. nº 140/08 confirmando el mismo y declarando de oficio las costas procesales.

62.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 17/09/08

Se desestima por alto riesgo y lejanía de la fecha de cumplimiento.

La parte recurrente en apelación indica en su recurso que concurren en el interno todos los requisitos establecidos en la Ley y Reglamento Penitenciario para la concesión y disfrute de permisos, señalando con respecto al periodo de cumplimiento que es tomado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como argumento para denegar el permiso pedido, que: "1.- El interno cumplió, antes de ser condenado por sentencia, cuatro días de prisión preventiva, concretamente desde el 26/07/02 hasta el 29/07/02... Una vez dictada sentencia, con fecha 13/03/06 ingresó nuevamente en prisión, voluntariamente, por lo que en la actualidad lleva cumpliendo más de trece meses y medio en prisión. Por tanto consideramos ha transcurrido el tiempo suficiente (teniendo en cuenta el total de la conde-

na) para que el permiso le pueda ser concedido, máxime, insistimos, cuando se cumplen todos los requisitos para que le puedan ser concedidos".

Al respecto deberemos indicar que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento Penitenciario regulan los permisos ordinarios cuando establecen que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta. Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son: a) haber extinguido la cuarta parte de su condena, b) no observar mala conducta y c) la finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

De ello se deduce que los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión "se podrán conceder". Es decir, los preceptos indicados establecen uno mínimos de inexcusable cumplimiento para poder optar a la obtención de permisos penitenciarios de salida, pero ello no quiere decir que, concurriendo éstos, la concesión sea automática.

Concurrentes los requisitos formales u objetivos (cumplimiento de la cuarta parte de la condena y buena conducta penitenciaria), se debe abordar la concurrencia del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento. En este punto se emite acuerdo por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, en reunión de fecha 15 de mayo de 2008, en el que por unanimidad se

resuelve denegar el permiso solicitado por el interno, señalando como causa la puntuación máxima dada en la Tabla de Valores de Riesgo y que es fijada en un 100 %.

En el presente caso queda acreditado por prueba documental que: 1.- El interno cumple condena por delito de lesiones, en virtud de sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, imponiéndosele la pena de tres años de Prisión, 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde la fecha de 27 de julio de 2007 y 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 14 de febrero de 2008, de la de 1/2 la de 14 de noviembre de 2008 y la de 3/4 partes la de 14 de agosto de 2009, dejando totalmente extinguida la pena en fecha 15 de mayo de 2010. Ello determina el cumplimiento de los requisitos objetivos mínimos e indispensables establecidos por la Ley y el Reglamento General Penitenciario para la concesión del permiso solicitado.

Sin embargo la mera concurrencia de dichos requisitos no es bastante para la concesión del permiso penitenciario reclamado, debiendo de ser éste examinado como medio de preparación de vida futura en libertad o semilibertad, habiendo mantenido esta Sala de Apelación, de forma reiterada y pacífica, que si bien es cierto que para acceder a la concesión de permisos penitenciarios la ley y reglamento exigen el cumplimiento de la 1/4 parte de la condena y no un mayor cumplimiento, no es menos cierto que la concesión de dichos permisos tienen como finalidad la preparación de la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados, haciendo ilusoria por otro lado la finalidad de prevención especial o retributiva que la pena cumple, tesis que es sostenida de forma unánime por las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales de la Comunidad de Castilla y León (Audiencia Provincial de León de fecha 25 de febrero de 2004 y 14 de febrero de 2005, Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de enero de 2004), siguiendo la doctrina sustentada por nuestro Tribunal Constitucional entre las que cabe señalar la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 al indicar que "concretamente, la lejanía de la fecha en la que se cumplen las tres cuartas partes de la condena, que en los autos se utiliza, junto a otros motivos para justificar la denegación, según ha reiterado este Tribunal, puede ser legítimamente aducida ya que cuando más alejado esté el cumplimiento de la condena menor necesidad existirá de aplicar una medida que tiene como

finalidad primordial constitucionalmente legítima, aunque no la única, "la preparación para la vida en libertad" (sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, 81/1997, 193/1997, 88/1998)". Y basta, por último, con comprobar que las razones empleadas para fundamentar el rechazo de la pretensión del recurrente no se encuentran desconectadas con los fines de la institución, que; como ya se ha señalado, son los de preparación del interno para la vida en libertad. En efecto, las resoluciones impugnadas no subordinan la obtención del permiso al cuasi cumplimiento del requisito para acceder a la libertad condicional, añadiendo un requisito no previsto legalmente, sino que se limitan a apreciar que en el caso presente dicha fecha se encuentra, como es manifiesto, todavía lejana, en lo que "resulta ser la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución" (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997), y que, por supuesto, no impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior. Todo ello, además, desde unas condiciones de intermediación para la valoración de las circunstancias concretas del caso de las que este Tribunal no goza (sentencia del Tribunal Constitucional 2/1997 y Auto del Tribunal Constitucional 311/1997)".

Es decir, como señala el auto de la Audiencia Provincial de León de fecha 14 de febrero de 2005, "entre las variables negativas y desfavorables a la concesión de permisos, ha de incluirse, ciertamente, el hecho o circunstancia de la lejanía en el tiempo del cumplimiento de la condena, pues tal lejanía se encuentra en íntima relación con la función de la preparación de la vida en libertad. Y cuanto más alejado esté el cumplimiento de la condena, menos necesidad existirá, en principio, de aplicar una medida que como finalidad primordial es la de preparación para la vida en libertad, conforme se considera en las sentencias del Tribunal Constitucional 2/97, 81/97, 193/97, 88/98 y 204/99; y Autos de esta Sala 21/04, Rollo Penal 225/03; 51/04, Rollo Penal 237/03; 90/04, Rollo Penal 77/04 y 108/04, Rollo Penal 102/04.

De tal forma, que la lejanía de la fecha para el cumplimiento de la pena sí viene a constituir un factor a valorar en orden a la concesión o denegación de un permiso. Careciendo de sentido el otorgarse el permiso para ir preparando el interno su vida en libertad, cuando se presenta lejana dicha vida en libertad y no viene a existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiene (Autos de las Audiencias Provinciales de Valladolid, Sección. 4ª, de 19

de enero de 2004 y de León, Sección 2ª de 25 de febrero de 2004, así como de esta propia Sala, que ya se ha pronunciado sobre la misma petición planteada por el ahora recurrente, de fechas 16 de febrero de 2004, 8 de junio de 2004 y 17 de noviembre de 2004)".

En la misma línea se manifiestan otras Audiencias Provinciales como las de Álava en auto de fecha 5 de octubre de 2004 ("si bien cumple los requisitos de haber cumplido una cuarta parte de la condena y estar clasificado en segundo grado, como establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, "no concurren las demás circunstancias que el artículo 156 del citado cuerpo legal exige para la concesión del permiso de salida solicitado", la lejanía de la fecha del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, junio de 2009, lo cual indica un factor de riesgo de no reingreso en el Centro Penitenciario muy elevado y que le sitúan en un momento no idóneo para la progresiva preparación para la vida en libertad conforme el propio espíritu y finalidad de la reinserción"), Cádiz en auto de 26 de febrero de 2004 ("la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional de la normativa aplicable a los permisos de salida en relación con la finalidad constitucionalmente legítima de que serían para preparar al interno en la vida en libertad, no puede ser considerada como arbitraria o irrazonable, sin que se haya subordinado exclusivamente la decisión al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, introduciendo así un requisito no previsto legalmente, sin olvidar que la función de preparación de la vida en libertad esta relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, argumentación que el propio Tribunal Constitucional (sentencias 81/97 y 204/99) admite, y que no excluye ni impide la reiteración de la solicitud y la obtención de permisos en un momento posterior"), Castellón en auto de 6 de julio de 2002 ("en el presente caso es de ver, primero, que el informe de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Castellón es por unanimidad contrario al permiso, por arrojar un resultado baremizado de un 50% de riesgo de quebrantamiento, y segundo que el penado debe extinguir varias condenas por delitos graves, que finalizaría en febrero de 2012 (las 3/4 partes de la condena total se cumpliría el 18 de noviembre de 2005), o sea dentro de mucho tiempo. No cabe olvidar que la función de preparación de la vida en libertad de lo permisos, está relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, y la preparación para una situación de libertad relativamente próxima, argumentación que el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente

compatible con los fines de la institución, sentencias del Tribunal Constitucional 81/97, 204/99 y 109/00."), etc.

En el presente caso, a la fecha de emisión de la presente resolución, el interno no ha cumplido tan siquiera la mitad de la pena impuesta (cumple dicha mitad en fecha 14 de noviembre de 2008), dilatándose la fecha de cumplimiento de las 3/4 partes hasta el 14 de agosto de 2009. Ello provoca el temor fundado a que se sustraiga a la acción de la Justicia, estableciéndose un riesgo del 100 %, según consta en la Tabla de Variables de Riesgo que se acentúa por sus antecedentes de drogopendencia a la cocaína y de abuso en el consumo de alcohol.

Es cierto, y no se le escapa a esta Sala que el interno acredita una vinculación familiar en la localidad de Miranda de Ebro, donde residen dos de sus hermanas y su esposa e hijo de 10 meses de edad en el momento de elaborar el informe social, 5 de marzo de 2008. También consta en los informes de la Psicóloga y del Educador del Centro Penitenciario que el interno no presenta alteración psicopatológica alguna y que tiene un buen comportamiento en prisión, careciendo de sanciones disciplinarias y trabajando en talleres productivos. Dichas circunstancias serán favorablemente valoradas en posteriores peticiones de permisos, una vez que haya el interno cumplido la mitad de su condena y antes de alcanzar el cumplimiento de las 3/4 partes de la misma.

Por todo lo indicado, al no alcanzar tan siquiera el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta y apreciarse un alto porcentaje detectado en la Tabla de Riesgos, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y ahora examinado, sin perjuicio de que el interno pueda solicitar nuevos permisos cuando haya superado la mitad de su condena y sea razonablemente próximo el comienzo de una vida en libertad o semilibertad, en cuyo caso se valorará muy favorablemente el comportamiento penitenciario del interno y su arraigo en la localidad de Miranda de Ebro para la concesión del permiso que se pueda solicitar

Que procediendo la desestimación del recurso interpuesto por el interno, se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el interno contra el auto de fecha 20 de junio de 2008 que desestimaba la queja interpuesta contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 15 de mayo de 2008 denegatorio por unanimidad del permiso de salida solicitado por el ahora recurrente, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 248/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, y ratificar las referidas resoluciones en todos sus pronunciamientos, todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida.

63.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 19/09/08

Se desestima recurso de no concesión por la lejanía de las fechas de cumplimiento.

En la presente impugnación, la parte recurrente en apelación, indica en su recurso, que concurren los requisitos legales establecidos en el artículo 47-2 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, en relación con los artículos 154 y 156 del reglamento Penitenciario, para la concesión del permiso penitenciario ahora solicitado, al observar el penado una conducta normalizada, haber cumplido el periodo mínimo para la concesión de permisos, y sin que conste que haya sido sancionado, contando con el apoyo necesario, y existiendo resolución favorable por parte de la Junta de Tratamiento.

Frente a ello, la resolución judicial impugnada, dictada en fecha 2 de julio de 2008, y en la que se confirma la denegación del permiso por parte del Juzgado de Vigilancia, se deniega el permiso teniendo en cuenta la fase temporal de cumplimiento en la que se encuentra el interno, su trayectoria delictiva caracterizada por la profesionalidad y su toxicomanía de inicio temprano (13 años), que no es asumible en la fase de tratamiento en la que se encuentra.

Por su parte, el Ministerio Fiscal informó, en fecha 28 de mayo de 2008, se oponerse a la estimación del recurso, teniendo en cuenta la trayectoria delictiva del interno (que ha sido condenado por Maltrato y otros

delitos a 4 años y 7 meses de prisión), el tiempo que le resta de cumplimiento de condena, riesgo de quebrantamiento, gravedad de los delitos cometidos, riesgo de quebrantamiento, reincidencia, antecedentes de consumo de droga y no disfrute de permisos.

Así mismo, por informe de 24 de julio de 2008 se opuso a la estimación del recurso de apelación.

Pues bien, para la resolución del presente recurso tenemos que partir, como punto de partida básico, que nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en sentencia de 11 de noviembre de 1997, establece que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones. Es decir, la concesión de permisos de salida no tiene la consideración de beneficios penitenciarios o recompensas por buen comportamiento, sino que constituye un elemento integrante del tratamiento penitenciario como preparación para la vida en libertad. En consecuencia, el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario sobre: 1.- el cumplimiento de la cuarta parte de la condena, 2.- no observar mala conducta y, 3.- estar clasificado dentro del segundo grado penitenciario, no suponen «per se» el otorgamiento del permiso, siendo determinante el criterio de oportunidad de su concesión dentro del programa de tratamiento.

En este sentido, cabe resaltar, que el disfrute de permisos penitenciarios no constituye un derecho absoluto e incondicionado del interno, sino que está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos. Tanto unos como otros son necesarios para que proceda la concesión, de modo que, si falta alguno, la decisión deberá ser denegatoria del permiso. Entre los primeros destaca la clasificación del interno en segundo o tercer grado, la extinción de una cuarta parte de la condena y la exigencia de buena conducta penitenciaria (art. 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento), requisitos estos que cumple el recurrente. Como requisitos subjetivos hay que reservar la improbabilidad de que el interno quebrante la condena, la inexistencia de riesgo en orden a la comisión de nuevos delitos, y la falta de repercusión negativa

de la salida como preparatoria para la vida en libertad o programa de tratamiento (artículo 156.1º del Reglamento).

Así el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento antes citado regulan los permisos ordinarios cuando establecen que: " igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta". Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son: a) haber extinguido la cuarta parte de su condena, b) no observar mala conducta y, c) la finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión "se podrán conceder".

Mientras que el juicio de verificación de la concurrencia de los requisitos objetivos, por la naturaleza propia de éstos, no ofrece problemas, la comprobación de los requisitos subjetivos, por referirse a un comportamiento futuro, solo puede ser deducida mediante un juicio de pronóstico, que tenga en cuenta las circunstancias personales y psicológicas del interno, el tiempo que lleva en prisión, el que le queda para alcanzar la libertad condicional, etc.

Una vez analizados los requisitos formales u objetivos es objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero prevé que "el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la

salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento".

Así pues, en el presente recurso, procede valorar todas las variables contenidas en este precepto legal a fin de llevar a cabo el juicio de probabilidad que, con arreglo a los fines de reeducación y reinserción social, previstos en el artículo 25 del texto Constitucional, establece la legislación penitenciaria.

En el presente caso, queda acreditado que el penado y ahora recurrente J.C.A.C. cuenta con tres condenas por delitos, respectivamente de robo con fuerza, atentado, maltrato, y dos faltas de lesiones y hurto, por las cuales cumple condena en el Centro Penitenciario de Burgos, habiendo sido clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde el 28 de abril de 2008.

Además, se constata que la fecha de cumplimiento definitivo de las mismas, que ascienden a 4 años, 6 meses y 30 días de prisión, es el 22/03/11, habiendo cumplido 1/4 parte de la condena el 17/10/07, la 1/2 la cumplirá el 07/12/08 y las 3/4 el 29/01/10.

En su conducta penitenciaria no se registran sanciones.

Todo ello se desprende de lo recogido en los folios 2 a 9 de las actuaciones. Ello determina el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos por la Ley y el Reglamento General Penitenciario para la concesión del permiso solicitado.

Procede, en consecuencia analizar las variables subjetivas mencionadas en el fundamento anterior, esto es: 1ª la peculiar trayectoria delictiva, 2ª la personalidad anómala del interno, o 3ª la existencia de variables cualitativas desfavorables, de las resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

En nuestro caso y, en base al expediente remitido por el Centro Penitenciario, se constatan los siguientes extremos: 1º que el interno es politoxicómano, con una temprana edad de inicio, a los 13 años, hallándose en la actualidad con tratamiento de deshabituación con metadona. 2º Su comportamiento en el centro penitenciario es bueno, dedicando la mayor parte del tiempo reglado a los talleres productivos, siendo su rendimiento bueno y manteniendo una actitud responsable. 3º Su hermana se muestra dispuesta a acogerle para el disfrute del permiso en su domicilio de Málaga.

A la vista de dicha valoración, consta haberse emitido por la Junta de Tratamiento, al amparo de lo previsto en el artículo 161.1 del Reglamento Penitenciario, en fecha de 15 de mayo de 2008, informe favorable a la concesión del permiso, por mayoría de 6 a 2, teniendo en cuenta "la positiva trayectoria penitenciaria y como preparación a la vida en libertad".

No obstante, también se tiene en cuenta que existe un riesgo muy elevado de quebrantamiento, cifrado en el 75%, para lo cual, tiene en cuenta la profesionalidad y la drogodependencia, así como el tiempo que le resta de cumplimiento de condena.

A la vista de ello, esta Sala no puede por menos que refrendar las razones jurídicas argumentadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para denegar el permiso solicitado, al tenerse en cuenta la trayectoria delictiva del mismo, así como la drogodependencia, la ausencia de permisos, así como el hecho de que no haya cumplido las 3/4 partes, ni tan siquiera la mitad de la condena impuesta, criterio éste que viene generalizándose entre nuestras Audiencias para la concesión de permisos penitenciarios prolongados en el tiempo.

En efecto, hay que tener en cuenta que la concesión de permisos tiene como finalidad la preparación para la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión en permisos excesivamente anticipados en el tiempo. En este sentido hay que afirmar que el criterio del tiempo que le resta al interno para el cumplimiento de las 3/4 partes es acogido por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León como elemento que lleva a considerar prematuro el otorgamiento del permiso en determinadas circunstancias, en este sentido cabe destacar el Auto de la Audiencia Provincial de León de 14 de febrero de 2005 y de la Audiencia Provincial de Burgos de 28 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2007, en los que se afirma que cuando más alejado esté el cumplimiento de la condena menos necesidad existirá, en principio, de aplicar esta medida que queda vacía de contenido si existe un amplio lapso de tiempo para que el interno alcance la semilibertad o la libertad total, lo que, en el caso ahora examinado comporta un probable quebrantamiento de la condena o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad.

Atendidas todas estas circunstancias que deben ser objeto de valoración, esta Sala debe considerar que, en el presente caso, la resolución dic-

tada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria resulta acertada y ajustada a derecho, ya que pueden y deben ponderarse factores que, en el supuesto de autos, no son favorables y justifican que no se le deba ni pueda conceder a J.C.A.C. un permiso ordinario de salida, por cuanto las circunstancias concurrentes en su persona, no permiten su autorización, en aplicación del concepto de lejanía en el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena impuesta. Si bien el concepto de lejanía como supuesto para la denegación de un permiso no se encuentra legalmente contemplado, es acogido por la doctrina de las Audiencias Provinciales de la Comunidad de Castilla y León, y reiteradamente por esta Sala en múltiples resoluciones,

La Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2005, expresando la doctrina del Alto Tribunal (Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1998, de 21 de abril, FJ 6; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 5, 137/2000, de 29 de mayo, FJ 2 2000/13814), declara que "tampoco resulta irrazonable la consideración de que el plazo lejano para la vuelta al pleno ejercicio de la libertad personal no es ajeno ni al riesgo de quebrantamiento ni a los fines de la institución del permiso de salida, y en concreto a la preparación de la vida en libertad".

En aplicación de lo que antecede, y pese a las circunstancias subjetivas reseñadas por la Junta de Tratamiento, se estima que el tiempo que todavía le resta para el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena -29 de enero de 2010-, y el hecho de que ni tan siquiera ha cumplido la mitad de la condena impuesta, aconseja la denegación del permiso solicitado, pues si la finalidad primordial del permiso es preparar su vida en libertad (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/97, 81/97, 193/97, 88/98 y 204/99) carece de sentido otorgarse cuando, como aquí ocurre, esa vida en libertad se presenta lejana y no existe una pronta expectativa para acceder a ella, con lo que su disfrute no sirve para el fin esencial con la que fue creado por el Legislador, sin que por ello se vulnere ningún derecho constitucional del recluso.

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la existencia de las variables de riesgo tenidas en cuenta por la Juzgadora "a quo", tales como la profesionalidad en el delito y la drogodependencia, así como el lapso de tiempo para que el interno alcance la semilibertad o la libertad total, que si deben ponderarse y que se recogen en este fundamento, hacen que esta Sala considere que el disfrute del permiso de salida podría frustrar los fines del tratamiento penitenciario, atendido que, como se ha reiterado por las Audiencias de nuestra Comunidad Autónoma, cuando más

alejado esté el cumplimiento de la condena menos necesidad existirá, en principio, de aplicar esta medida que queda vacía de contenido si existe un amplio lapso de tiempo para que el interno alcance la semilibertad o la libertad total.

En consecuencia, al no concurrir los requisitos necesarios para la concesión del permiso, conducen a la denegación del mismo conforme a lo establecido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

En base a lo anterior esta Sala desestima el recurso de apelación examinado, sin perjuicio de que más adelante en el tiempo y una vez acreditada la voluntad unánime de la Junta de Tratamiento, así como un sometimiento a tratamiento normalizado dentro de la prisión y el hecho de haber cumplido al menos la mitad de la condena impuesta, pueda solicitarse la concesión de nuevos permisos como preparación a una pronta puesta en libertad e integración en la vida social.

Al acordarse la desestimación del recurso interpuesto por J.C.A.C., se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado, en nombre y representación de J.C.A.C., contra el auto de fecha 2 de Junio de 2008, que no autorizaba la concesión de un permiso ordinario de salida concedido al ahora recurrente por Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, de fecha 15/05/08, habiéndose desestimado el recurso de reforma previo por auto de 02/07/08, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 153/2008 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León, con sede en Burgos, y ratificar las referidas resoluciones en todos sus pronunciamientos, todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación.

64.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ DE FECHA 18/11/08

Denegación de permisos por causas penales pendientes de sustanciar.

El contenido del escrito de recurso obliga a determinar si la motivación de las resoluciones impugnadas denegando la concesión de permisos de salida, es reconducible a los supuestos constitucionalmente y legalmente lícitos, y si de tales resoluciones objeto de análisis puede extraerse la conclusión de que se ha producido la denegación del permiso de salida con arreglo a dichos supuestos. Desde este planteamiento el Tribunal Constitucional (Sentencias 112/96, 2/97, 204/99) ha señalado que la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad: la reeducación y la reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española) al contribuir a lo que se ha denominado la "corrección y readaptación del penado" (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/88) y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y aunque se haya afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución Española no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminadas a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos que, como expresamente ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencias 112/96, 2/97 y 204/99) pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de la responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indicar cual es la evolución del penado. No obstante, es cierto también que debe llamarse la atención sobre las cautelas que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, por lo que es razo-

nable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que estos concurren sino que, además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.

La ausencia de automatismo en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/79 de 26 septiembre y su Reglamento aprobado por Real Decreto 190/96 de 9 febrero. En sus artículos 47.2 y 154 respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Estos permisos se pueden dispensar, previo informe de los equipos técnicos a los penados que, estando clasificados de segundo o tercer grado, reúnan dos requisitos objetivos: haber extinguido la cuarta parte de la totalidad de la condena y no observar mala conducta. En desarrollo de dicha previsión legal, el artículo 156.1 del Reglamento añade que el Informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento. Por ello debe exigirse que en la concesión o denegación de los permisos de salida se explicita la presencia de tales circunstancias o requisitos, tanto en sentido positivo como negativo, exponiendo así las razones conectadas con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento.

La denegación del permiso por parte de la Junta de Tratamiento, fiscalizada por el Juez de vigilancia cuya resolución se combate, se fundamenta en la existencia de causas penales pendientes de sustanciación. El informe del jurista nos dice que el interno, que cumple condena de 3 años y 3 meses por delito de receptación de capitales procedentes del narcotráfico, ha sido nuevamente condenado por un delito contra la salud pública a la pena de 3 años y seis meses, sentencia que no es firme y recaída en fecha de 9/05/2008.

El acuerdo de la Junta de Tratamiento es de 4 de junio de 2008. El conjunto de variables cualitativas desfavorables a tener en cuenta en la concesión de permisos ordinarios de salida por el Equipo Técnico puede lícitamente nutrirse del dato objetivo de la existencia de causas penales

pendientes, más aún si, como en este caso, ya ha recaído sentencia condenatoria. No se vulnera el principio de presunción de inocencia que nada tiene que ver aquí ni se incurre en arbitrariedad por el órgano decisor que valora esta circunstancia negativa. La existencia de procedimientos penales pendientes se debe tener en cuenta por expresa decisión del legislador en otras instituciones como, por ejemplo, la suspensión de condena del artículo 80 del Código Penal a efectos de valorar la peligrosidad criminal. No hay razón para que no se tome en consideración a efectos de permisos de salida, toda vez que puede afectar a la situación penal y penitenciaria del interno. Su toma en consideración es acorde además con el carácter dinámico y progresivo del tratamiento.

Los permisos ordinarios no son un premio a la buena conducta y en muchos casos la labor que se realiza para calibrar la oportunidad o no de su concesión consiste en un juicio de pronóstico, ora sobre el comportamiento del interno durante su disfrute, ora sobre su repercusión en el tratamiento y su idoneidad desde el prisma de la finalidad inherente a los permisos como medio de preparación de la futura vida en libertad, pero siempre sobre la base de datos objetivos o que no lo son tanto, pero siempre susceptibles de valoración por el Equipo profesional; lo importante es que no haya arbitrariedades ni abusos. La eventual firmeza de un pronunciamiento condenatorio plantea la eventualidad de un alejamiento del momento de retorno del interno al medio social al que volverá tras haber permanecido en el medio penitenciario y se basa en el dato objetivo de la condena ya recaída; y ese alejamiento hace perder o, cuando menos, debilita considerablemente la ratio, finalidad y sentido a los permisos ordinarios como forma de preparación de la vida en libertad del interno. La segunda condena tiene, además, en este caso, relación de analogía con la primera en cuanto a actividad delictiva incurrida y es de mayor duración. No ha sido aislado el recurso por el interno a este tipo de delitos y el reporte lucrativo que conllevan. Ello puede tener influencia, desde la perspectiva de la progresividad del tratamiento, en la consideración de los aspectos negativos de la personalidad del interno y que están en el origen de su incursión delictiva. Téngase en cuenta que el interno, a la fecha de denegación del permiso, sólo había extinguido la cuarta parte pero no la mitad de la condena. En definitiva, el criterio de la Junta de Tratamiento es razonable y asumible y debe ser confirmado como ya hiciera la juez de vigilancia penitenciaria cuya resolución, en contra de lo expuesto en el recurso, no está carente de motivación pues el auto desestimatorio de la queja

establece claramente el criterio y ratio decidendi asumidos siendo lícita la argumentación por remisión en el auto desestimatorio de la reforma.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por el letrado, en nombre y representación del interno N.H.H. contra el Auto de fecha 3 de octubre de 2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria uno de Andalucía con sede en Algeciras en el Expediente número 141/08 y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad.

65.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 25/11/08

Estimación recurso del Ministerio Fiscal por ser prematura la concesión del permiso.

Que el Ministerio Fiscal alega en su escrito impugnatorio que "el interno se encuentra condenado por delito de homicidio y otros; la condena impuesta es por 13 años y no cumple hasta 2-6-16; no ha cumplido los 3/4 de la condena, fecha aceptada jurisprudencialmente como criterio de valoración para determinar si el permiso penitenciario a conceder cumple la finalidad de preparación para la vida honrada en libertad; es prematuro su concesión si no cumple esa fecha, por lo que debe ser valorado; aunque cumple los requisitos legalmente establecidos, lo cierto es que, ante hechos tan graves, no cabe premiar su conducta, sin base documental de tipo psicológica, terapéutica u otras, dado su grado de asunción de responsabilidad; en todo caso, dado el tiempo que le resta de cumplimiento, debe esperarse a una consolidación de factores positivos u sometimiento a programa para reconsideración de su conducta y evolución; debe valorarse la gravedad de los hechos cometidos, riesgo de quebrantamiento y el tiempo que lleva de cumplimiento".

Hay que reconocer la buena conducta penitenciaria del interno P.H.M. (informe el educador del Centro de fecha 11 de septiembre de 2008) y el interés despertado en la Junta de Tratamiento, que en otros casos similares

deniega el permiso por lejanía del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena y que sin embargo en el presente caso informa favorablemente y por unanimidad, y en el capellán del Centro Penitenciario. Sin embargo deberemos tener en cuenta que los permisos penitenciarios están previstos como medio para preparar la pronta vida en libertad del penado (artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento Penitenciario) por ello, concurriendo como concurren en el presente caso los elementos mínimos exigibles para el otorgamiento de los permisos (haber cumplido la 1/4 parte de la condena, estar clasificado en segundo grado penitenciario y observar buena conducta dentro del centro de cumplimiento), se debe abordar la concurrencia del requisito finalista o teleológico de que el permiso pedido contribuya a preparar la vida honrada en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo.

No es la primera vez que esta Sala tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la concesión de permisos al interno P.H.M. y así cabe señalar, entre otros, autos de fechas 16 de abril de 2007 (Rollo de Apelación núm. 32/07, proveniente del Expediente núm. 31/07 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria); 30 de Octubre de 2007 (Rollo de Apelación núm. 168/07, expediente núm. 309/07); 11 de abril de 2008 (Rollo de Apelación núm. 30/08, expediente núm. 360/07) y 9 de julio de 2008 (Rollo de Apelación núm. 91/08, expediente núm. 73/08. En este último citado resumíamos los anteriores e indicábamos que "como vemos son todos expedientes resueltos en el periodo aproximado de un año, manteniéndose en todos ellos la misma posición por esta Sala. A título de ejemplo podemos señalar lo establecido en el auto de fecha 11 de abril de 2008 al decir en el mismo que "queda acreditado por prueba documental que: 1.- P.H.M. cumple condena en el Centro Penitenciario de Burgos en virtud de sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia por delitos de conspiración al homicidio, homicidio imprudente y tenencia ilícita de armas, imponiéndosele la pena total de doce años y doce meses de Prisión, 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde la fecha de 14 de diciembre de 2005 y 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 6 de septiembre de 2006, de la de 1/2 la de 6 de diciembre de 2009 y la de 3/4 partes la de 5 de marzo de 2013, dejando totalmente extinguida la pena en fecha 2 de junio de 2016. Ello determina el cumplimiento de los requisitos objetivos mínimos

e indispensables establecidos por la Ley y el Reglamento General Penitenciario para la concesión del permiso solicitado.

Sin embargo la mera concurrencia de dichos requisitos no es bastante para la concesión del permiso penitenciario reclamado, debiendo de ser éste examinado como medio de preparación de vida futura en libertad o semilibertad, habiendo mantenido esta Sala de Apelación, de forma reiterada y pacífica, que es cierto que el interno cumple los requisitos mínimos legales para acceder a la concesión de permisos penitenciarios, señalándose, con respecto al tiempo de cumplimiento, la 1/4 parte de la condena y no un mayor cumplimiento, pero no es menos cierto que la concesión de dichos permisos tienen como finalidad la preparación de la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo, tesis que es sostenida de forma unánime por las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales de la Comunidad de Castilla y León (Audiencia Provincial de León de fecha 25 de febrero de 2004 y 14 de febrero de 2005, Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de enero de 2004), siguiendo la doctrina sustentada por nuestro Tribunal Constitucional entre las que cabe señalar la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 al indicar que "concretamente, la lejanía de la fecha en la que se cumplen las tres cuartas partes de la condena, que en los autos se utiliza, junto a otros motivos para justificar la denegación, según ha reiterado este Tribunal, puede ser legítimamente aducida ya que cuando más alejado esté el cumplimiento de la condena menor necesidad existirá de aplicar una medida que tiene como finalidad primordial constitucionalmente legítima, aunque no la única, "la preparación para la vida en libertad" (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, 81/1997, 193/1997, 88/1998) "...Y basta, por último, con comprobar que las razones empleadas para fundamentar el rechazo de la pretensión del recurrente no se encuentran desconectadas con los fines de la institución, que, como ya se ha señalado, son los de preparación del interno para la vida en libertad. En efecto, las resoluciones impugnadas no subordinan la obtención del permiso al cuasi cumplimiento del requisito para acceder a la libertad condicional, añadiendo un requisito no previsto legalmente, sino que se limitan a apreciar que en el caso presente dicha fecha se encuentra, como es manifiesto, todavía lejana, en lo que "resulta ser la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución" (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997), y que, por supuesto,

no impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior. Todo ello, además, desde unas condiciones de inmediatez para la valoración de las circunstancias concretas del caso de las que este Tribunal no goza (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1997 y Auto del Tribunal Constitucional 311/1997)".

Es decir, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de León de fecha 14 de febrero de 2005, "entre las variables negativas y desfavorables a la concesión de permisos, ha de incluirse, ciertamente, el hecho o circunstancia de la lejanía en el tiempo del cumplimiento de la condena, pues tal lejanía se encuentra en íntima relación con la función de la preparación de la vida en libertad. Y cuanto más alejado esté el cumplimiento de la condena, menos necesidad existirá, en principio, de aplicar una medida que como finalidad primordial es la de preparación para la vida en libertad, conforme se considera en las Sentencias del Tribunal Constitucional 2/97, 81/97, 193/97, 88/98 y 204/99; y Autos de esta Sala 21/2004, Rollo Penal 225/03; 51/2004, Rollo Penal 237/03; 90/2004, Rollo Penal 77/04 y 108/2004, Rollo Penal 102/04.

De tal forma, que la lejanía de la fecha para el cumplimiento de la pena sí viene a constituir un factor a valorar en orden a la concesión o denegación de un permiso. Careciendo de sentido el otorgarse el permiso para ir preparando el interno su vida en libertad, cuando se presenta lejana dicha vida en libertad y no viene a existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende (Autos de las Audiencias Provinciales de Valladolid, Sección. 4ª, de 19 de enero de 2004 y de León, Sección 2ª de 25 de febrero de 2004, así como de esta propia Sala, que ya se ha pronunciado sobre la misma petición planteada por el ahora recurrente, de fechas 16 de febrero de 2004, 8 de junio de 2004 y 17 de noviembre de 2004)".

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial al presente interno concluimos diciendo que "en el presente caso el interno P.H.M. no ha cumplido ni tan siquiera la mitad de su condena (la cumple como hemos indicado el 6 de diciembre de 2009), restándole a la fecha de hoy más de cinco años de prisión para alcanzar las 3/4 partes de cumplimiento y casi nueve años para dejar extinguida la totalidad de la pena impuesta. Ello hace totalmente prematuro la concesión de permisos penitenciarios pues el inicio de la vida en libertad queda aún muy lejano". Estos mismos pronunciamientos son aplicables en la fecha de la presente resolución, en la que sigue sin cumplir tan siquiera la mitad de su condena (quedándole para ello más de un año de

prisión), por lo que sigue siendo prematuro el inicio de la preparación de su vida en libertad ante la lejanía de la misma, todo ello sin perjuicio de que, cumplida la mitad de la condena y en fechas cercanas al año o año y medio para alcanzar el cumplimiento de las 3/4 partes, pueda solicitar nuevos permisos penitenciarios, siendo entonces de valoración preferente el mantenimiento de una actitud positiva en su vida penitenciaria.

Por todo lo indicado, que es de aplicación al presente recurso, procede la desestimación de la apelación interpuesta y ahora examinada.

Que procediendo la estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, se deben declarar de oficio las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a sensu contrario del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo expuesto, este Tribunal acuerda:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 1 de octubre de 2008 que autorizaba el permiso penitenciario otorgado por unanimidad en Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos de fecha 11 de septiembre de 2008, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente núm. 275/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, revocar las referidas resoluciones y no autorizar el disfrute del permiso ordinario de salida concedido en las mismas.

Todo ello con declaración de oficio de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase devengada.

66.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 22/04/08

Se estima queja por no trasladar a un interno, a quien se le había concedido un permiso extraordinario, al entierro de su madre.

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno H.O.G. del Centro Penitenciario Madrid III formulando queja sobre la no asistencia al entierro

de su madre por no haber fuerzas conductoras.

A la vista de la información recibida desde el Centro Penitenciario Madrid III y teniendo en cuenta lo alegado por el interno, procede estimar la queja que presentó el mismo, pues aunque el Ministerio Fiscal ha solicitado el archivo de la misma por entender que las conducciones no son competencia de la Administración Penitenciaria, sino del Ministerio del Interior, lo cierto y verdad es que el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando se refiere a que el Juez de Vigilancia Penitenciario debe resolver las peticiones o quejas de los internos, en modo alguno diferencia que dicha queja se refieran a la Administración Penitenciaria o a otra Administración.

En el presente caso ha quedado acreditado que el interno, fue trasladado el 22-01-2008 desde el Centro Penitenciario de Ocaña al de Valdemoro, como consecuencia de habersele concedido un permiso extraordinario (artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 155 del Reglamento Penitenciario) para acudir el día 23-01-2008 al entierro de su madre.

El día 23-01-2008, cuando se encontraba en el Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro) no fue trasladado al lugar en el que se celebró el entierro de su madre, ya que no era posible darle la custodia necesaria por la policía nacional por "falta de efectivos, dado que el poco tiempo existente había impedido la previsión necesaria". Así consta en la comunicación recibida desde el Centro Penitenciario Madrid III con fecha 09-04-2008.

Al no haber realizado el traslado, con la debida custodia del interno, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, han vulnerado el derecho de esa persona a poder usar el permiso extraordinario que se la había concedido según lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 155 del Reglamento Penitenciario. Dado el motivo que dio lugar a la concesión de ese permiso extraordinario (fallecimiento de su madre), el Funcionario responsable de asignar el trabajo de los efectivos de los cuerpos de la Guardia Civil o de la Policía Nacional, debería haber dado prioridad absoluta el día 23-01-2008 para que el referido interno hubiera sido conducido con la custodia necesaria al lugar al que fue enterrada su madre. No puede pretenderse, como parece deducirse de la comunicación recibida, que un hecho de esa naturaleza (fallecimiento de una persona) se planifique con la previsión necesaria.

Se da además la circunstancia de que una situación similar a la que se acaba de exponer, ya fue resuelta por este mismo Juzgado, en un auto dictado el 2 de diciembre de 2004. En aquella ocasión, al igual que ahora, el responsable de asignar los efectivos para realizar los traslados no supo priorizar los medios de los que disponía, ya que efectivamente, son muchos los traslados a los que diariamente deben atender los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, pero son muy pocos los que tienen causa en alguno de los supuestos previsto en los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el artículo 155 del Reglamento Penitenciario.

En definitiva, procede estimar la queja presentada por el interno, a quien desde este juzgado se le acompaña en su dolor por la pérdida de su madre y declarar que el Funcionario responsable de asignar el trabajo a los miembros de los Cuerpos de fuerzas de Seguridad del Estado, no actuó de forma correcta el 23-01-2008, al no facilitar los medios necesarios para que dicho interno pudiera asistir al entierro de su madre.

67.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 10/07/08

Denegación de propuesta de permiso formulada por Junta de Tratamiento por involución en trayectoria de interno.

Por el Centro Penitenciario de Topas, según acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento de fecha treinta de abril de dos mil ocho, se remitió a este juzgado propuesta de permiso de salida a favor de la interna R.M.R.G.

Formado el oportuno expediente, se dio traslado al Ministerio Fiscal quien emitió dictamen en el sentido que obra unido anteriormente.

En el presente caso y del conjunto de documentos aportados al presente expediente, queda acreditado que la interna a que se refieren estas actuaciones, no reúne los requisitos exigidos en el artículo 154 y concordantes del Reglamento Penitenciario, por lo que no procede conceder el permiso de salida propuesto por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas.

Tal y como se desprende del informe de la psicóloga del Centro Penitenciario, de 20 de junio de 2008, la evolución de la interna durante estos meses no ha sido satisfactoria, no consiguiéndose lo que se había acordado con ella a través de su Programa individualizado de tratamiento.

R.M. se había comprometido a realizar diferentes programas directamente relacionados con su actividad delictiva, en concreto el Programa de Prevención de Recaídas, para controlar su adicción y prevenir futuros consumos.

Igualmente, la interna era miembro del programa de intervención con mujeres victimas de malos tratos, dada la detección de maltrato psicológico que había sufrido durante años. Su participación fue de mutuo acuerdo, pero no ha asistido nunca.

Rosa ha mostrado una mínima implicación y participación en todas las demás actuaciones en el Módulo, sustituyendo éstas por una actitud pasiva y evitativa, sin motivación alguna por el cambio y evolución propuestas y acordadas con ella.

Su baja colaboración y participación no ha reducido su vulnerabilidad a estímulos criminales.

El Educador del Centro Penitenciario, en fecha 30/06/08, nos informa que, en la actualidad y después de haber disfrutado dos permisos de salida sin incidencias conocidas, la interna se muestra distante y elude las relaciones con los profesionales. Respecto a las actividades se muestra pasiva y sólo participa de las actividades de forma nominal, sin implicación alguna. Su grupo preferente de relaciones personales en la actualidad, es el de las personas prisionizadas, de las que se sospecha consumo de drogas dentro de la prisión.

Se observa una involución en la interna después del disfrute de los permisos, hacia una pasividad y un abandono personal, a la vez que se afianza en una mayor prisionización.

El interrumpir temporalmente los permisos puede servirle de estímulo.

En consecuencia, se deniega la propuesta de permiso de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas. En el mismo sentido se ha pronunciado el Ministerio Fiscal en informe de 9 de julio de 2008.

Se Deniega la propuesta de permiso de salida propuesto por la Junta de Tratamiento de Topas, con fecha treinta de abril de dos mil ocho, para la interna R.M.R.G.

68.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 31/07/08

No se autoriza por causa penal pendiente.

La propuesta que remite a este Juzgado la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote, relativa a la concesión al interno/a de un permiso ordinario de cuatro días no puede acogerse. Es preciso insistir, una vez más, que la facultad de conceder permisos de salida a los internos que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario no opera "automáticamente" por el mero hecho de concurrir los mismos, sino que se debe tener la razonable certeza de que la concesión de los permisos servirá como preparación para la vida en libertad descartándose en la medida de lo posible, por obvias razones, la posibilidad de un quebrantamiento.

En el presente supuesto, estamos en presencia de un/a interno/a en el que se aprecian importantes circunstancias desfavorables puestas de manifiesto por los votos particulares contrarios a la concesión del permiso solicitado que, por el momento, se considera que no pueden salvarse y que constituyen un obstáculo para que el interno pueda disfrutar de los permisos ordinarios que se contemplan en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

En primer lugar, y analizada la tabla de variables remitida por el Centro Penitenciario, se aprecia en el interno un elevado riesgo de quebrantamiento cifrado por el propio Centro en un 50% que se hace depender de variable ciertamente desfavorables cuales son: la profesionalidad delictiva y la reincidencia. Aparte lo mencionado y cumpliendo condena el imputado por graves delitos contra la salud pública, tres ejecutorias, estando clasificado en tercer grado de tratamiento, resultó imputado por un presunto delito relativo a la prostitución e inmigración clandestina, por lo que fue puesto en prisión preventiva encontrándose actualmente en situación de libertad provisional. Así, junto al mal uso y desaprovechamiento anterior de las oportunidades institucionales puestas a su alcance, la situación de imputado en causa penal pendiente, acrecienta de forma notable el riesgo de quebrantamiento. Elemento del que se infiere que el penado, pueda no hacer buen uso del permiso que se le propone.

Si a las anteriores circunstancias desfavorables se añade la escasa auto-crítica que se aprecia en el penado y la ausencia de conciencia del daño causado, la consecuencia no puede ser otra que la desestimación de la propuesta que se realiza por la Junta de Tratamiento.

No ha lugar a aprobar la propuesta que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote de fecha 02/07/08 ha remitido a este Juzgado, de concesión al interno/a, de un permiso ordinario de salida de cuatro días de duración.

69.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 02/09/08

No se autoriza por alto riesgo de quebrantamiento.

La propuesta que remite a este Juzgado la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote, relativa a la concesión al interno J.L.B.L., de un permiso ordinario de cuatro días no puede acogerse. Es preciso insistir, una vez más, que la facultad de conceder permisos de salida a los internos que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario no opera "automáticamente" por el mero hecho de concurrir los mismos, sino que se debe tener la razonable certeza de que la concesión de los permisos servirá como preparación para la vida en libertad descartándose en la medida de lo posible, por obvias razones, la posibilidad de un quebrantamiento.

En el presente supuesto, estamos en presencia de un/a interno/a en el que se aprecian importantes circunstancias desfavorables puestas de manifiesto por los votos particulares contrarios a la concesión del permiso solicitado que, por el momento, se considera que no pueden salvarse y que constituyen un obstáculo para que el interno pueda disfrutar de los permisos ordinarios que se contemplan en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

En primer lugar, y analizada la tabla de variables remitida por el Centro Penitenciario, se aprecia en el interno un alto riesgo de quebrantamiento cifrado por el propio Centro en un 65%, que se hace depender

entre otras variables desfavorables de su profesionalidad y reincidencia. Pero es que junto a ello, se alzan incuestionables los votos particulares desfavorables emitidos con los cuales se coincide en lo necesario. El interno, que tiene un amplio y dilatado historial delictivo de violencia en el ámbito familiar, no ha superado cursos de rehabilitación realizados al efecto y, además, presenta importantes distorsiones con negación del delito, lo que necesariamente impide la modificación de conductas desadaptadas. A todo ello, se ha de sumar que el penado, que presenta un elevado riesgo de quebrantamiento, ha sido ejecutoramente condenado, hasta en tres ocasiones, por delito de quebrantamiento violentando las ordenes y prohibiciones que cautelarmente le habían sido impuestas. Así, con tales antecedentes y sin constar su reeducación, este juzgador carece hoy, como ya careciera en anterior propuesta de permiso, sin que conste variación alguna de circunstancias, de toda garantía razonable, de que el penado pueda hacer buen uso del permiso solicitado, respetando las normas de conducta que al efecto se le establecieran.

No ha lugar a aprobar la propuesta que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote de fecha 23/07/08 ha remitido a este Juzgado, de concesión al interno, de un permiso ordinario de salida de tres días de duración.

70.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 02/09/08

No se autoriza por juicio pendiente.

La propuesta que remite a este Juzgado la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote, relativa a la concesión al interno, de un permiso ordinario de cuatro días no puede acogerse. Es preciso insistir, una vez más, que la facultad de conceder permisos de salida a los internos que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario no opera "automáticamente" por el mero hecho de concurrir los mismos, sino que se debe tener la razonable certeza de que la concesión de los permisos servirá como preparación para la vida en libertad descartándo-

se en la medida de lo posible, por obvias razones, la posibilidad de un quebrantamiento.

En el presente supuesto, estamos en presencia de un interno en el que se aprecian importantes circunstancias desfavorables puestas de manifiesto por los votos particulares contrarios a la concesión del permiso solicitado que, por el momento, se considera que no pueden salvarse y que constituyen un obstáculo para que el interno pueda disfrutar de los permisos ordinarios que se contemplan en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

Fundamentalmente, las responsabilidades penales a que se encuentra sujeto el interno, al estar pendiente de la celebración de juicio oral en causa de la Audiencia Provincial de Almería, cuyo juicio aparece señalado para la audiencia del próximo 25 de septiembre, con una petición fiscal para el procesado de 11 años de prisión, lo que acrecienta de forma notable y manifiesta el riesgo de quebrantamiento.

No ha lugar a aprobar la propuesta que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote de fecha 23/07/08 ha remitido a este Juzgado, de concesión al interno, de un permiso ordinario de salida de cuatro días de duración.

71.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 03/09/08

No se autoriza por altísimo riesgo de quebrantamiento.

La propuesta que remite a este Juzgado la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote, relativa a la concesión al interno/a, de un permiso ordinario de cuatro días no puede acogerse. Es preciso insistir, una vez más, que la facultad de conceder permisos de salida a los internos que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario no opera "automáticamente" por el mero hecho de concurrir los mismos, sino que se debe tener la razonable certeza de que la concesión de los permisos servirá como preparación para la vida en libertad descartándose en la medida de lo posible, por obvias razones, la posibilidad de un quebrantamiento.

En el presente supuesto, estamos en presencia de un/a interno/a en el que se aprecian importantes circunstancias desfavorables puestas de manifiesto por los votos particulares contrarios a la concesión del permiso solicitado que, por el momento, se considera que no pueden salvarse y que constituyen un obstáculo para que el interno pueda disfrutar de los permisos ordinarios que se contemplan en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

En primer lugar, y analizada la tabla de variables remitida por el Centro Penitenciario, se aprecia en el interno un altísimo riesgo de quebrantamiento cifrado por el propio Centro en un 100%, que se hace depender entre otras variables desfavorables de su profesionalidad y reincidencia, drogodependencia y existencia de quebrantamientos anteriores. Pero es que junto a ello, se alzan incuestionables los votos particulares desfavorables emitidos con los cuales se coincide en lo necesario. El interno, que tiene un amplio y dilatado historial delictivo cumpliendo en la actualidad seis ejecutorias por graves delitos de robo con violencia, no sólo no ha aprovechado anteriores oportunidades institucionales puestas a su alcance, si no que ha quebrantado la confianza depositada en el mismo hasta en tres ocasiones, la última de ellas, cometiendo 3 delitos de robo con violencia, tras no regresar de un permiso concedido e régimen de tercer grado penitenciario, lo que motivo su inmediata regresión. Así, con tales antecedentes, este juzgador carece de toda garantía razonable, de que el penado pueda hacer buen uso del permiso solicitado, respetando las normas de conducta que al efecto se le establecieran.

No ha lugar a aprobar la propuesta que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albolote de fecha 23/07/08 ha remitido a este Juzgado, de concesión al interno, de un permiso ordinario de salida de tres días de duración.

72.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 17/09/08

No admisión de disfrute de días no concedidos en anualidad anterior, que excedan del límite del cupo permitido en el año en curso.

El interno J.P.D. formula queja relativa al número de días de permiso disfrutados, al entender que no ha podido disfrutar de todos los días que

le corresponden con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario.

El artículo 154 del Reglamento Penitenciario establece la posibilidad de que los penados clasificados en segundo grado disfruten permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración hasta un total de treinta y seis días por año y los reclusos clasificados en tercer grado de hasta cuarenta y ocho días por año. Este precepto determina el número máximo de días de permiso que pueden disfrutar los internos, pero no implica un derecho absoluto de los mismos a disfrutar ese máximo. Será la Junta de Tratamiento en sus propuestas de permiso o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por vía de recurso el que determine, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, la extensión de los permisos de salida concedidos, que nunca podrá superar ese límite máximo fijado en el Reglamento Penitenciario.

En el presente caso, en los permisos concedidos al interno durante el año 2007 y el primer semestre se 2008 se fijó la extensión teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y se entendió que no era procedente la concesión de un mayor número de días de permiso. No puede pretender ahora el interno disfrutar en el presente año de los días de permiso que no se le concedieron el año pasado al no haber alcanzado el máximo fijado en el precepto anteriormente mencionado, lo que podría suponer, por lo tanto, que se sobrepase en el año 2008 ese número máximo fijado por el Reglamento Penitenciario.

Por lo que se refiere a la periodicidad en el estudio de los permisos por parte de la Junta de Tratamiento, esta cuestión fue ya resuelta por auto de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 08/05/08 dictado como consecuencia de otra queja planteada por este mismo interno y, según se desprende del informe del Centro Penitenciario de Ocaña I obrante en el presente expediente, los criterios establecidos en el mismo han sido debidamente aplicados y, en consecuencia, ningún perjuicio o merma de derechos se ha ocasionado al quejoso.

En consecuencia, no se aprecia arbitrariedad o abuso en la actuación de la Administración Penitenciaria.

Se desestima la queja del interno J.P.D. del Centro Penitenciario Ocaña I.

73.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 12/11/08

Desestimación queja de autorización del primer permiso.

Por el Centro Penitenciario de Topas, según acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento de fecha 18/09/08, se remitió a este Juzgado propuesta de primer permiso de salida a favor del interno S.M.R.D.

Formado el oportuno expediente, se dio traslado al Ministerio Fiscal quien emitió dictamen en el sentido que obra unido anteriormente.

En el presente caso y del conjunto de documentos aportados al presente expediente, queda acreditado que el interno a que se refieren estas actuaciones, no reúne los requisitos exigidos en el artículo 154 y concordantes del Reglamento Penitenciario, por lo que no procede conceder el primer permiso de salida propuesto por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas para el interno mencionado.

Es necesario poner de manifiesto que la propuesta favorable de la Junta de Tratamiento no ha sido unánime. De hecho, votaron en contra del permiso varios miembros. Debemos destacar que el interno de referencia pasa la mayor parte del tiempo solo; evitando el contacto con los trabajadores de la prisión. No realiza actividades y manifiesta no estar interesado ni dispuesto a realizar actividades. Así se desprende del informe del Educador de 18/09/08.

Presenta cierta rigidez cognitiva respecto a su situación penal y penitenciaria, así como un alto grado de prisionización (informe psicológico de 27/10/08). Por otra parte se trata de un interno con una larga trayectoria delictiva. Su actividad delictiva está presidida por un elevado grado de planificación con especial gravedad de los hechos.

Continuamente se muestra refractario en todo lo penitenciario, incluidos los profesionales. En un permiso disfrutado en el año 2003 se presentó una semana más tarde sin ninguna justificación.

A todo ello hay que añadir que el interno ha mantenido hasta una fecha muy reciente (20/08/08, fecha de cancelación de sanciones) un comportamiento inestable que no indica asunción de responsabilidades, y acatamiento de las normas, sino todo lo contrario.

El penado no se siente obligado por las normas sino sólo por sus propios planteamientos y códigos de conducta.

Aún está lejana la fecha de cumplimiento de la condena (en concreto el 01/01/2011) por lo que no existe una necesidad inmediata de preparación para la vida en libertad.

Es necesario un mayor periodo de observación de la evolución del interno que permita la consolidación de factores positivos.

El interno cumple dos causas refundidas con una pena total de 19 años y 2 días de prisión, por dos delitos contra la salud pública, por lo que destacamos la tipología delictiva y la gravedad de los hechos por los que cumple condena. Es reincidente.

Por todo ello, faltan por el momento suficientes garantías de que el interno vaya a hacer un buen uso del permiso.

Se Deniega la propuesta de primer permiso de salida propuesto por la Junta de Tratamiento de Topas, con fecha 18/09/08, para el interno S.M.R.D.

SUSPENSIÓN

74.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ, SECCIÓN 1ª DE FECHA 24/01/07

Suspensión de permisos: extranjero con expediente de expulsión iniciado. Arraigo.

El interno apelante es de condición extranjera y fue condenado a pena privativa de libertad de corta duración, dos años de prisión. A la fecha de concesión del permiso por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en auto de 14 de septiembre de dos mil seis, había extinguido las 3/4 partes de la condena. Es más, el licenciamiento definitivo estaba previsto para el 16 de enero de dos mil siete. Había disfrutado de un permiso anteriormente en fechas recientes. Tenía buena evolución conductual, participando en actividades, se había incorporado un informe social del Departamento de Trabajo Social del Centro Penitenciario de Algeciras donde se dejaba constancia de su fuerte arraigo familiar en España pues, de hecho, su

esposa tiene residencia permanente en España, habiendo tenido descendencia en común, uno de sus hermanos es traductor en la Comisaría de Málaga, otro es agricultor en Málaga y otra hermana también trabaja en Málaga, de un total de seis hermanos, manteniendo buenas relaciones con su mujer e hijos, recibiendo visitas desde su ingreso en el Centro, con vivienda en propiedad, ingresos económicos de la unidad familiar dependientes del trabajo de su mujer en el servicio doméstico (900 euros/mes). El interno cuenta con estudios primarios y formación profesional ocupacional con diagnóstico de familia estructurada con pautas de comportamiento normalizadas y positiva vinculación familiar y hábitos laborales en proceso de consolidación. Todo ello recogido en el informe social a que se ha hecho referencia.

La acogida familiar durante el disfrute del permiso se fijó en el domicilio de la esposa. El único riesgo de quebrantamiento que el Equipo Técnico estimó concurría en el interno era el de su condición de extranjero.

Por auto de 14 de septiembre de dos mil seis se autorizó por el Juez de Vigilancia el permiso ordinario de 3 días propuesto por la Junta de Tratamiento adoptándose una serie de medidas de garantía y control.

La cuestión a resolver en esta sede es si debe considerarse ajustada a Derecho la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria que ratificaba la suspensión provisional del disfrute del permiso y que se fundamentó en la iniciación sobrevenida de un procedimiento administrativo sancionador para expulsión y que se basaba en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España que prevé como causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. El acuerdo de iniciación del expediente, del que no consta resolución definitiva por la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, es de fecha 19 de septiembre de 2006. El auto de Juez de Vigilancia de 14 de septiembre de dos mil seis se fundamenta en el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario.

Dicho precepto autoriza a que antes del disfrute del permiso en caso de producirse hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección del Centro pueda suspenderlo motivadamente de

forma provisional, poniéndose en conocimiento de la autoridad judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

Centrados así los términos del debate, no comparte la Sala el criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Es dudoso considerar que la iniciación de un expediente administrativo de expulsión constituya, en este caso, un hecho que modifique sobrevenidamente las circunstancias que propiciaron la concesión del permiso y ello por tres razones. La primera porque la causa en que se fundamenta el inicio del expediente administrativo de Expulsión era ya preexistente a la fecha de otorgamiento del permiso. La segunda, porque sólo consta el inicio del expediente y no la resolución por la Subdelegación del Gobierno de dicho expediente, susceptible de revisión judicial en vía contencioso administrativa, de futura e incierta decisión. La tercera, porque aunque no corresponde esta Jurisdicción prejuzgar las posibilidades o no de que la Jurisdicción contenciosa revise favorablemente al interno la eventual resolución de expulsión, es lo cierto que, revisando la Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias del Tribunal Supremo tales como la dictada en fecha 4 de Diciembre de 1999 y en las de fechas 28 de diciembre de 1998 y 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre y 15 de noviembre de 1999, se deduce que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio como determinante de la prevalencia de aquéllos frente al interés general en que se expulse de España a quien carezca de permiso o autorización para ello, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 671/05. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 febrero 2000 y de la que se hace eco la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1510/05 afirma que : "Esta Sala viene proclamando reiteradamente en la actualidad, a medio de una pluralidad de resoluciones, que la suspensión de la ejecución de determinaciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (autos de 6 de febrero de 1988, 17 de septiembre de 1992, 28 de septiem-

bre de 1993, 11 de julio de 1995 y sentencias de 15 de enero de 1997 y 28 septiembre y 25 noviembre 1999)".

Al hilo de esto último, es cierto que la condición de extranjero suele considerarse una variable desfavorable para la concesión de permisos ordinarios de salida a dichos internos por razón de su origen, pero sólo desde la estricta óptica de la legislación penitenciaria, cuando por la escasa, poca o nula vinculación del extranjero con nuestro país y por el tiempo que aún reste al interno para cumplimiento de la pena, se evidencia un alto riesgo de quebranto del permiso y fuga. En efecto, ciertamente la condición de extranjero no es un argumento que pueda sustentar la denegación del permiso de salida puesto que ello colisionaría con los principios recogidos en el artículo 13 de la Constitución, que tienen su específica proyección en el ámbito penitenciario a través del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del artículo 4 de su Reglamento los cuales establecen que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y así se reconoce en la sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000 de 29 de mayo.

En este caso se acredita que el interno tiene un alto arraigo familiar en España y, además, a la fecha de obtención del permiso autorizado por el Juez de Vigilancia, había extinguido prácticamente la totalidad de la condena.

También suele argumentarse, en el caso de internos extranjeros sometidos a expedientes de expulsión administrativos, que la concesión de permisos ordinarios no serviría a la finalidad que le es propia, cual es la de servir al conocimiento y adaptación al medio al que retornarán en libertad. Pero este criterio no sirve tampoco pues la amenaza que se cierne sobre este interno de una expulsión, al menos inmediata, es muy relativa y las posibilidades reales de una fuga para evitar dicha expulsión, si se tiene en cuenta el alto grado de arraigo familiar del interno en España y sus nulos vínculos con su país de origen, son relativas y, desde luego, salvables mediante medidas de control como las que se adoptaron en el auto que autorizaba el permiso inicialmente.

Procede en consecuencia, aún a sabiendas de que la eficacia práctica de la presente resolución es nula pues, a la fecha de recepción en esta

Audiencia del oficio remisorio y expediente del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, ya se había cumplido la fecha de licenciamiento definitivo, procede, como decimos, revocar la resolución impugnada y estimar el recurso.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables,

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por el Procurador, en nombre y representación del interno S.K. contra el Auto de fecha 21 de noviembre de mil seis , dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria uno de Andalucía con sede en Algeciras en el Expediente número 725/06, y, dejándolo sin efecto, debemos revocar y revocamos dicha resolución y alzar la suspensión que venía acordada del disfrute del permiso ordinario de salida que se autorizó al interno por el mismo Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en auto de 14 de septiembre de dos mil seis.

CAPÍTULO XIII

PRISIÓN PROVISIONAL

75.- SENTENCIA 57/2008 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 28/04/08

Posibilidad de abono de prisión provisional de forma simultánea al cumplimiento de causa penada.

En el recurso de amparo núm. 5899-2003, promovido por A.I., representado por la Procuradora de los Tribunales y asistido por el Letrado, contra los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 y 22 de mayo y de 29 de agosto de 2003, por los que se aprobó y confirmó, respectivamente, la liquidación de condena de privación de libertad en ejecutoria núm. 35-2003 dimanante del procedimiento abreviado núm. 273-2002 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. El Magistrado Ponente expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 1 de octubre de 2003, por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de A. I., solicitó le fuera designado Procurador del turno de oficio que asistiese al recurrente para interponer demanda de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia, con la asistencia letrada, quien manifestó renunciar al cobro de honorarios profesionales.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 23 de octubre de 2003, se dirigió atenta comunicación al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid a fin de que, conforme a lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita, designara, si procediese, Procurador del

turno de oficio que representara al demandante de amparo, acompañando a dicha comunicación los documentos remitidos por el Letrado.

Por nueva diligencia de ordenación de 27 de noviembre de 2003 se tuvo por designados del turno de oficio a Procurador y Abogado; se les hizo saber a los mismos y al recurrente en amparo tal designación; y, en fin, se les concedió un plazo de veinte días a fin de que formalizasen la demanda de amparo con sujeción a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La demanda de amparo fue formalizada mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 10 de diciembre de 2003, con base en la relación de antecedentes fácticos que a continuación sucintamente se extracta:

a) Al demandante de amparo le fue decretada prisión provisional por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 6 de junio de 2002 (procedimiento abreviado núm. 273-2003, después ejecutoria núm. 35-2003).

El mismo día ingresó también en prisión tras «conformar» (sic) dos años y tres meses de pena en el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria por Sentencia firme de 7 de julio de 2002 (procedimiento abreviado núm. 269-2002).

Con fecha 4 de noviembre de 2002 se solicitó del Juzgado de Instrucción núm. 4 (procedimiento abreviado núm. 273-2003) la libertad provisional del demandante de amparo, acordándose por Auto de 18 de noviembre de 2002 ratificar su situación de prisión provisional. Mediante escrito de fecha 10 de enero de 2003 se solicitó nuevamente ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas la libertad provisional del recurrente, siendo desestimada tal solicitud por Auto de 27 de enero de 2003 (rollo núm. 138-2002 procedente del procedimiento abreviado núm. 273-2002).

El día 24 de febrero de 2003 se dictó Sentencia de conformidad en la causa procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria condenando al recurrente en amparo a la pena de dos años y tres meses de prisión. Por Auto de 20 de marzo de 2003 se declaró la firmeza de la Sentencia y se ordenó su ejecución (procedimiento abreviado núm. 273-2003, después ejecutoria núm. 35-2003).

b) A pesar de que desde el día 7 de julio de 2002 hasta el día 20 de marzo de 2003 concurría en el demandante de amparo la doble condición

de condenado y de preso preventivo, en la liquidación de condena de privación de libertad practicada en la ejecutoria núm. 35-2003 sólo se le abonaba el período comprendido entre el 6 de junio y el 7 de julio de 2002.

c) El demandante de amparo presentó un escrito en el que solicitó que se aprobara una liquidación de condena que tuviese en cuenta la situación de prisión provisional efectiva en el procedimiento abreviado núm. 273-2002 desde el día 6 de junio de 2002 hasta el día 19 de marzo de 2003.

d) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó Autos de fecha 20 y 22 de mayo de 2003 en los que aprobó la liquidación de condena de privación de libertad practicada al demandante de amparo, al considerar que era conforme al artículo 58 del Código Penal.

Los anteriores Autos fueron confirmados en súplica por Auto de 29 de agosto de 2003.

En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca, frente a los Autos recurridos, la vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española).

Se argumenta al respecto que no puede aceptarse en modo alguno el razonamiento de la Audiencia Provincial en su Auto de 22 de mayo de 2003, según el cual «dicha pretensión ha de ser desestimada de plano ya que no se puede abonar el mismo período de privación de libertad en dos causas distintas. La liquidación de condena practicada es conforme al artículo 58 del Código Penal, al abonarse en esta causa el tiempo de prisión preventiva sufrida durante su tramitación, desde el 6-6-2002 al 7-7-2002, ya que a partir de esa fecha se encontraba cumpliendo condena por otra causa».

Frente a dicho razonamiento se alega en la demanda que el recurrente en amparo ha estado en situación de preso preventivo en la causa desde su detención —6 de junio de 2002— hasta que se dictó el Auto declarando la firmeza de la Sentencia —20 de marzo de 2003—. En este sentido, desde la objetividad y la ejecutoriedad de los mandatos contenidos en los Autos sobre la situación personal del recurrente, se formula en la demanda el siguiente interrogante: «¿Cómo puede argumentarse sin violentar el ordenamiento jurídico que dichos mandatos eran retóricos y sin efectividad, ya que según el Auto que se recurre sólo se encontraba en prisión como condenado desde el 7 de julio de 2007?».

Se califica también de incomprensible la afirmación de que «no se pueda abonar el mismo período de privación de libertad en dos causas dis-

tintas». Al respecto se pregunta el recurrente: «¿En qué precepto de qué Ley aparece formulado ese principio, en qué Jurisprudencia de qué Tribunal se apoya esa afirmación, en qué argumento legal o jurisprudencial se autoriza a interpretar ob legem, propter legem o extra legem la normativa penal en la forma más perjudicial para el reo?».

En apoyo de la argumentación precedente se aduce en la demanda que hasta el día 19 de mayo de 2003 la Administración penitenciaria, pese a que según el Auto de la Audiencia Provincial estaba exclusivamente extinguiendo condena, no había propuesto la clasificación del recurrente en amparo, no teniendo, por lo tanto, la misma consideración regimental que el resto de los condenados, ya que se encontraba en situación además de preso preventivo. Según la coherencia con el razonamiento del Auto impugnado, ¿tenía el recurrente en amparo el deber jurídico de soportar que, aunque estaba condenado, no podía pedir, por ejemplo, permiso ordinario o extraordinario, ni centro de cumplimiento, ni tercer grado penitenciario, etc., sólo por el hecho de que constaba Auto en otra causa que, aunque era de prisión provisional, no tenía más efectos jurídicos que agravar las condiciones del cumplimiento de su condena, pero que no le iba a servir de abono para la ulterior condena?

Ante la situación de encontrarse una persona en prisión en calidad de preso preventivo y condenado al mismo tiempo no hay más norma aplicable que el artículo 58 del Código Penal, según el cual «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada».

En apoyo de su pretensión el demandante de amparo invoca la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero, y 71/2000, de 13 de marzo, excluyendo la aplicación al caso del artículo 75 del Código Penal, ya que el supuesto de hecho que contempla es el del penado con varias condenas, es decir, la conocida como acumulación simple.

En definitiva, no abonar al demandante de amparo para el cumplimiento de la pena de prisión el período comprendido desde el 7 de julio de 2002 hasta el 19 de marzo de 2003 implica una vulneración de su derecho a la libertad y al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia en la que otorgue el amparo solicitado y declare la nulidad de los Autos recurridos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Por otro sí, de conformidad con el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se interesó la suspensión de la ejecución de dichos Autos.

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de septiembre de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acordó conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que procedieran, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [artículo 50.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional].

La Sección, por providencia de 8 de noviembre de 2005, a petición del Ministerio Fiscal, acordó, con suspensión del plazo concedido para efectuar alegaciones a tenor del artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, librar atenta comunicación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas y al Juzgado de Instrucción núm. 4 de las Palmas de Gran Canaria, a fin de que remitiesen testimonio íntegro de la ejecutoria núm. 35-2003, así como del rollo núm. 138-2002, respectivamente.

Recibidas las actuaciones solicitadas, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 20 de febrero de 2007, se acordó, de conformidad con la providencia de 13 de septiembre de 2005, dar traslado al Ministerio Fiscal para que, en plazo de diez días, formulara las alegaciones que considerase pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo [artículo 50.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional].

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 16 de mayo de 2007, admitió a trámite la demanda y, en aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, a fin de que emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción

del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en este recurso de amparo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 16 de mayo de 2007, acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran pertinente sobre la suspensión solicitada.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala por Auto del Tribunal Constitucional, de 18 de julio, tuvo por desistido al demandante de amparo de la solicitud de suspensión de los efectos de las resoluciones recurridas.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 6 de julio de 2007, se acordó, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, dirigir atenta comunicación al Centro Penitenciario de Las Palmas, a fin de que, a la mayor brevedad posible, remitiese certificación en la que constaran detallados los abonos de prisión preventiva efectuados en la causa del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas y de la Audiencia Provincial de la misma localidad en ejecutoria 35-2003 o en alguna otra causa que hubiese cumplido el recurrente.

Recibida la certificación solicitada, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 8 de enero de 2008, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron presentar las alegaciones que estimaron pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La representación procesal del recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 30 de enero de 2008, en el que dio por reproducidas las efectuadas en la demanda de amparo.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 21 de febrero de 2008, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) La cuestión que se plantea en este caso no es la del abono en una causa de la prisión provisional sufrida en otra, que trata el artículo 58 del Código Penal, sino el abono en la misma causa de toda la prisión provi-

sional sufrida, aunque parte de ella haya coincidido con la privación de libertad del mismo sujeto originada por el cumplimiento de otra condena impuesta en otro proceso. En efecto, el demandante de amparo sostiene, con base en el artículo 58 del Código Penal, que en la ejecutoria núm. 35-2003 dimanante del procedimiento penal abreviado núm. 372-2002 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas debe abonársele toda la prisión provisional sufrida en esa causa (desde el día 6 de junio de 2002 al 20 de marzo de 2003), y no solamente hasta el día 7 de julio del 2002, en que comenzó a cumplir la condena impuesta en el procedimiento abreviado núm. 269-2003 procedente del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas.

b) El Ministerio Fiscal considera que no puede prosperar la pretensión actora. En primer lugar, porque el fundamento de la prisión provisional es distinto e independiente de las condenas que se estén cumpliendo, ya que los fines que persigue la prisión provisional (evitar el riesgo de fuga, etc.) no podrían conseguirse si cada vez que coincidiera el cumplimiento de una pena privativa de libertad en un procedimiento con la prisión provisional acordada en otro ésta hubiera de dejarse sin efecto.

Además, el propio artículo 58.3 del Código Penal dispone que «sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar». Este precepto es consecuencia de una reiterada interpretación realizada por el Tribunal Supremo, en el sentido de que el abono en una causa del tiempo en prisión preventiva sufrido en otra encuentra sus límites en los casos en que las causas hubieren estado en coincidente tramitación, para no generar, en quien tiene a su favor un tiempo de prisión preventiva sobrante, una especie de crédito o saldo positivo para la comisión de un futuro delito (Sentencia del Tribunal Supremo 383/1998, de 23 de marzo, por todas). De lo que se trata, según el artículo 58.3 del Código Penal, es de que nadie pueda acumular tiempo de prisión provisional en una causa, a modo de crédito o saldo positivo, para abonarlo después al cumplimiento de la pena impuesta en otra causa por hechos posteriores, es decir, por hechos cometidos cuando ya se conocía el saldo positivo de prisión con el que se contaba.

c) En este caso contra el recurrente se han seguido dos causas. Una ante el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que fue condenado por Sentencia firme de 7 de julio de 2002 a la pena de dos años y tres meses. Otra, la que instruyó el Juzgado de Instrucción

núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria (procedimiento abreviado 273-2002; rollo 138-2002 y ejecutoria 35-2003), en la que se decretó su prisión provisional por Auto de fecha 6 de junio de 2002, situación en la que continuó ininterrumpidamente hasta que fue condenado por Sentencia de 24 de febrero de 2003, firme en fecha 20 de marzo de 2003, a la pena de dos años y tres meses de prisión.

Según el actor ha estado desde el 7 de julio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003 cumpliendo simultáneamente dos privaciones de libertad: la ejecución de la pena impuesta por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de las Palmas de Gran Canaria y la prisión provisional acordada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de las Palmas de Gran Canaria. Sin embargo, afirma que sólo se le ha abonado en la liquidación de condena en esta última causa el período desde el 6 de junio de 2002 al 7 de julio de 2003.

Y, efectivamente, según consta en la ejecutoria núm. 35-2003, en la liquidación practicada el 3 de junio de 2003 se abona como prisión provisional desde el 4 de junio de 2002 al 5 de junio de 2002 y desde el 6 de junio de 2002 al 7 de julio de 2002, comenzando a cumplir la pena impuesta el 16 de junio de 2004 y quedando extinguida ésta el 10 de agosto de 2006.

Ahora bien, la realidad es que la prisión provisional no ha privado de libertad al recurrente a la vez que cumplía condena por otro procedimiento, sino que durante ese tiempo la privación de libertad ha sido única, pues, como dice la Audiencia Provincial, «las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado». En definitiva, la permanencia durante ese tiempo en prisión provisional ha sido a los efectos de la privación de libertad meramente formal. En consecuencia no puede afectar al derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución Española.

Por lo que se refiere a los efectos penitenciarios que dice que le causó la subsistencia de la prisión provisional durante este período (del 7 de julio de 2002 al 20 de marzo de 2003), son mera consecuencia de las distintas finalidades que cumple, por un lado, la prisión provisional y, por otro, el cumplimiento de condena.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Por providencia de 24 de abril de 2008, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 20 y 22 de mayo y de 29 de agosto de 2003, por los que se aprobó y confirmó, respectivamente, la liquidación de la condena de privación de libertad practicada al recurrente en amparo en la ejecutoria núm. 35-2003 dimanante del procedimiento abreviado núm. 273-2003 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), al no habersele abonado en su totalidad el tiempo pasado en prisión provisional en el procedimiento abreviado núm. 273-2003 para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.1 del Código Penal, pues no se le ha abonado el tiempo en el que simultáneamente a la prisión provisional sufrida en dicha causa ha estado privado de libertad como penado para el cumplimiento de la condena impuesta en otra causa distinta. En apoyo de su pretensión aduce la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero, y 71/2000, de 31 de mayo.

Por su parte el Ministerio Fiscal se opone al otorgamiento del amparo, al considerar, en síntesis, que no ha resultado lesionado el derecho del demandante a la libertad como consecuencia de la liquidación de condena practicada, ya que, a su juicio, la prisión provisional no le ha privado de libertad a la vez que cumplía condena por otra causa, dado que durante ese período la privación de libertad ha sido única y la permanencia en prisión provisional a los efectos de la privación de libertad ha sido meramente formal.

Así pues la cuestión suscitada por la presente demanda de amparo se contrae a determinar si ha resultado vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), por no haberle sido abonado la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en una misma causa, habiendo excluido el órgano judicial del referido abono el tiempo en el que el recurrente, simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa, se encontraba privado de libertad como penado para el cumplimiento de la condena impuesta en otra causa distinta.

El artículo 17.1 de la Constitución Española, tras proclamar el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, dispone que «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 prevista en la Ley». En el análisis de la cuestión planteada hemos de partir, como hemos declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero, en la que hemos abordado un supuesto que presenta cierta similitud con el ahora enjuiciado, «del papel nuclear de la libertad en el sistema del Estado democrático de Derecho, con las consecuentes exigencias de reserva material de Ley respecto de las medidas de prisión que pueden limitarla (artículos 1.1, 17.1 y 53.1 de la Constitución Española), y del significado vulnerador de ese derecho fundamental que debe ser atribuido a las resoluciones judiciales, que no se atengan estrictamente a la regulación legal de la prisión provisional (Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1987, F. 1, y 3/1992, F. 5)» (F. 4). En otras palabras, como hemos dicho en otras ocasiones, el derecho a la libertad puede resultar conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, F. 4; 28/1985, de 27 de marzo, F. 2; 241/1994, de 20 de julio, F. 4; 322/2005, de 12 de diciembre, F. 3).

Más concretamente, en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad, este Tribunal tiene declarado que «no es excluible una lesión del artículo 17.1 de la Constitución Española, si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal», pues el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución Española permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la Ley. De modo que «no ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución Española la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento ... de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto supongan un alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1996, de 9 de julio, F. 2, que reproduce doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1988, de 14 de julio, F. 2).

Conviene precisar, no obstante, a los efectos de delimitar el alcance de nuestro enjuiciamiento, que la interpretación y aplicación de la legalidad procesal y penal es una cuestión que corresponde resolver en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el artículo 117.3 de la Constitución Española, de modo que no nos corresponde corregir o revisar desde la perspectiva de la legalidad ordinaria la liquidación de condena del recurrente aprobada por la Audiencia Provincial, pues también esta cuestión compete en exclusiva a los órganos judiciales. La función de este Tribunal ha de limitarse a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española; Sentencias del Tribunal Constitucional 108/1997, de 2 de junio, F. 2; 31/1999, de 8 de marzo, FF. 3 y 6).

En todo caso conviene resaltar que el enjuiciamiento de Sentencias o resoluciones, en general, de la jurisdicción ordinaria, cuando a las mismas se imputa por los recurrentes la vulneración de un derecho fundamental, es atribución incuestionable de este Tribunal, en cuyo enjuiciamiento inevitablemente debe entrar la valoración de la interpretación de Leyes ordinarias y de su aplicación al caso desde la óptica obligada de la definición constitucional del derecho de que se trate. En tal sentido, dado el papel fundante de los derechos fundamentales, «ex» artículo 10 de la Constitución Española, debe ser el derecho fundamental la clave lógica de la interpretación de la Ley, y no la interpretación de ésta el elemento determinante del ámbito correspondiente al derecho fundamental. En otros términos, debe ser el derecho fundamental el prius lógico para la interpretación de la Ley, y no la interpretación de ésta el elemento definitorio del derecho fundamental.

Es así como este Tribunal, al ejercer la función que constitucionalmente tiene atribuida, puede, y debe, enfrentarse a la interpretación de Leyes por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto elemento incidente en la interpretación del derecho fundamental.

A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la queja del recurrente en amparo, atendiendo a las circunstancias concurrentes que resultan de las actuaciones:

a) En el procedimiento abreviado núm. 273-2002 (después rollo núm. 138-2002 y ejecutoria núm. 35-2003), que se tramitó ante el Juzgado de

Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria, fue acordada la prisión provisional del demandante de amparo por Auto de dicho Juzgado de 6 de junio de 2002, ratificada por Auto de 18 de noviembre de 2002 y por Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de enero de 2003.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó Sentencia en fecha 24 de febrero de 2003, en la que condenó al recurrente en amparo, como autor de sendos delitos de estafa y falsedad en documento mercantil, a la pena de dos años y tres meses de prisión, así como al pago de la mitad de las costas procesales. Dicha Sentencia fue declarada firme por Auto de 20 de marzo de 2003.

Así pues en la referida causa el demandante de amparo estuvo en situación de prisión provisional desde el 6 de junio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003, fecha en la que se declaró firme la Sentencia condenatoria.

b) El demandante de amparo en fecha 8 de julio de 2002 inició el cumplimiento de la condena de dos años y tres meses impuesta en otra causa por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canarias, según resulta de la liquidación de condena practicada en el procedimiento abreviado núm. 269-2002 incorporada a los autos.

c) En la ejecutoria núm. 35-2003, procedente del procedimiento abreviado núm. 273-2002 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canarias, se practicó la liquidación de condena de la pena privativa de libertad impuesta al demandante de amparo, abonándole como tiempo de prisión preventiva para el cumplimiento de la condena desde el día 6 de junio de 2002 hasta el día 7 de julio de 2002.

d) La representación del demandante de amparo presentó un escrito en el que denunció la existencia de error en la liquidación practicada, al no habersele abonado todo el tiempo pasado en prisión provisional en la misma causa —desde el 6 de junio de 2002 hasta 20 de marzo de 2003—, para lo que no era obstáculo, a su juicio, el que hubiese ostentando la doble condición de preso preventivo y penado desde el 8 de julio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003. Invocaba en apoyo de su pretensión, en síntesis, el artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción anterior a la que le dio la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (artículo único, 18), y la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero, y 71/2000, de 13 de marzo.

e) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de las Palmas por Auto de 20 de mayo de 2003 aprobó la liquidación de condena de privación de libertad practicada al recurrente en amparo.

En posterior Auto de fecha 22 de mayo de 2003 reiteró en su pronunciamiento, desestimando las alegaciones de la representación del demandante de amparo, al considerar, en síntesis, que la pretensión de que se abonase para el cumplimiento de la pena el tiempo de prisión provisional sufrido durante la misma causa coincidente con el tiempo de prisión con la condición de penado en otra causa distinta «ha de ser desestimada de plano, ya que no se puede abonar el mismo período de privación de libertad para el cumplimiento de condena en dos causas distintas. La liquidación de condena practicada es conforme al artículo 58 del Código Penal, al abonarse en esta causa el tiempo de prisión preventiva sufrida durante la tramitación, desde el 6-6-2002 al 7-7-2002, ya que a partir de esa fecha se encontraba cumpliendo condena por otra causa. Por lo que no ha lugar —concluye el Auto— a abonar al condenado para el cumplimiento de la presente causa el período de prisión preventiva comprendido entre el 7-7-2002 al 19-3-2002 al encontrarse durante ese tiempo cumpliendo condena por otra causa».

f) El demandante de amparo interpuso recurso de súplica contra el anterior Auto, que fue desestimado por Auto de 29 de agosto de 2003.

La Audiencia Provincial se ratificó en su anterior razonamiento, añadiendo a continuación que «efectivamente, sí lleva razón el recurrente en que el hecho de que concurriese en el mismo período la condición de penado y preso preventivo afectó a su situación penitenciaria, pero este hecho no puede justificar en modo alguno la pretensión del recurrente, y ello porque las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, siguiéndose el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, como establece el artículo 75 del Código Penal».

Desde la perspectiva de control que le corresponde, este Tribunal no puede estimar constitucionalmente aceptable, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, la fundamentación de los Autos recurridos, en la que la Audiencia Provincial sustenta la decisión de no abonar en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente por el demandante de amparo en el procedimiento abreviado núm. 273-2002 para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa.

No obstante, dos precisiones son necesarias antes de cualquier otra consideración. En primer lugar, que si bien no son idénticos los problemas planteados en las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero, y 71/2000, de 13 de marzo, y en el supuesto ahora enjuiciado, ya que entonces consistían en determinar si vulneraba o no el derecho a la libertad (artículo 17.1 y 4 de la Constitución Española) no considerar como computable a los efectos de la duración máxima de la prisión provisional el tiempo que coincidente y simultáneamente con ella se había estado en situación de penado por otra causa, no por ello resulta inaplicable e inoperante la doctrina constitucional entonces elaborada para la resolución de la cuestión ahora planteada, como se sostiene en los Autos recurridos.

En segundo lugar, por lo que respecta ya al concreto caso que nos ocupa, ha de partirse del dato fáctico que resulta de las actuaciones de que el demandante de amparo en el procedimiento abreviado núm. 273-2002, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria, ha estado en situación de prisión provisional desde el día 6 de junio de 2002 hasta el día 20 de marzo de 2003, fecha esta última en la que se declaró la firmeza de la Sentencia condenatoria recaída en la causa. Al margen de la corrección o no desde la perspectiva del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) de la decisión de no abonar en este caso al recurrente como tiempo de prisión provisional a efectos del cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa el tiempo en el que simultáneamente a esta situación estuvo privado de libertad como penado por otra causa, cuestión a la que nos referiremos a continuación, lo cierto es que, decretada inicialmente la prisión provisional en aquel procedimiento por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de junio de 2002, por posterior Auto del mismo Juzgado de 18 de noviembre de 2002, ante la solicitud de libertad aducida por la defensa del recurrente en amparo, se ratificó la prisión provisional sin fianza. Y por Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de enero de 2003 se desestimó una nueva solicitud de libertad provisional, manteniéndose su situación de prisión provisional.

Para la resolución de la queja del recurrente en amparo, con la perspectiva constitucional de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, frente al planteamiento de los Autos de la Audiencia Provincial de 22 de mayo y de 29 de agosto de 2002, hemos de

partir del presupuesto de que no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión.

En efecto, dijimos entonces y hemos de reiterar ahora que: «la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, [de forma que n]o es en modo alguno una especie de pena anticipada». Abundando en esta línea añadíamos que «la distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal». Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que: «del hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar» (F. 4; doctrina que se reitera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2000, de 13 de marzo, F. 5).

Sentado cuando antecede, esto es, que no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta, no puede compartirse el argumento de los Autos recurridos de que la liquidación de condena de la pena privativa de libertad se ha practicado en este caso de conformidad con el artículo 58 del Código Penal, «al abonarse en esta causa el tiempo de prisión preventiva sufrida durante su tramitación, desde el 6-6-2002 al 7-7-2002, ya que a partir de esta fecha se encontraba cumpliendo condena por otra causa».

En efecto, una vez despejado el dato, como ya ha quedado señalado, de que el recurrente en amparo estuvo en prisión provisional en el procedimiento penal abreviado núm. 273-2002 desde el 6 de junio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003, ostentando simultáneamente desde el 7 de

julio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003 la condición de preso preventivo en dicha causa y la de penado en otra causa distinta, ha de resaltarse que el artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción anterior a la que le ha dado la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que era la aplicable en el caso que nos ocupa, disponía que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada». Así pues la previsión legal aplicable era, al igual que lo es en la vigente redacción del artículo 58.1 del Código Penal, la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, careciendo de cobertura legal la exclusión para el referido abono del período de tiempo en el que simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa concurre la situación de penado por otra causa.

En este sentido, proyectando al caso ahora enjuiciado las consideraciones que se hicieron en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, hemos de reiterar que la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (artículo 58.1 Código), lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 del Código Penal, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el artículo 58.1 del Código Penal, basada en un dato ausente de éste (F. 5).

De otra parte, similar reproche merece el argumento esgrimido en el Auto de 29 de agosto de 2002 de que no puede prosperar la pretensión del recurrente porque «las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, siguiéndose el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, como establece el artículo 75 del Código Penal». En efecto, el debate litigioso en este caso no estriba en el orden de cumplimiento de las penas impuestas al condenado por diversas infracciones cuando no puedan ser cumplidas simultáneamente, cuestión que aborda y resuelve, como se indica en el Auto, el artículo 75 del Código Penal, sino la determinación del tiempo de abono de la privación de libertad sufrida provisionalmente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, tema que regula el artículo 58.1 del Código Penal, en los términos ya indicados a los efectos que a este recurso de amparo interesan.

Finalmente tampoco puede considerarse, como se hace implícitamente en los Autos recurridos y expresamente manifiesta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, que en la situación de coincidencia temporal de las situaciones de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra la prisión provisional no afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (artículos 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento penitenciario), el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una «privación de libertad meramente formal» (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, F. 4).

Las consideraciones precedentes han de conducir al otorgamiento del amparo, puesto que la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en el procedimiento abreviado núm. 273-2002 para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa carece de cobertura legal, lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del artículo 17.1 de la Constitución Española.

A los efectos del artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) el otorgamiento del amparo ha de determinar la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales recurridas, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su pronunciamiento a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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 la demanda de amparo promovida por don A. I. y, en su virtud:

1º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de las Palmas de 20 y 22 de mayo y de 29 de agosto de 2003, recaídos en la ejecutoria núm. 35-2003 dimanante del procedimiento abreviado núm. 273-2003 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al primero de los Autos citados, para que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

76.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZAMORA DE FECHA 07/11/08

Estimación de queja de cumplimiento simultáneo de prisión preventiva con causa penada en virtud de Sentencia del Tribunal Constitucional.

Con fecha 10-10-08 se recibió en este Tribunal oficio del Centro Penitenciario de Topas, adjuntando instancia del condenado en la que solicitaba que se practicara nueva liquidación de condena en la que se abonara el tiempo de prisión preventiva que sufrió desde fecha 04-02-93 hasta 26-04-1995.

Dado traslado al Ministerio Fiscal por éste se informó en el sentido de oponerse a lo interesado por el penado, en base a las consideraciones vertidas en su escrito y que ahora se dan por reproducidas.

El penado S.C.F., condenado por sentencia firme de esta Sala de fecha 6 de marzo de 1995, revisada por auto de esta misma Sala de fecha 25 de mayo de 1996, en escrito dirigido a este Tribunal y al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su sentencia 57/2008 (Sala Segunda), de 28 abril, solicita que, conforme a lo ordenado en la sentencia referida de la Audiencia Provincial de Zamora, se le abone la prisión provisional sufrida por esta causa, lo que no ha sido efectuado, a su favor, en la liquidación del tiempo de condena, que debe cumplir como penado, llevada a cabo por la Secretaria de este Tribunal.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a la mencionada pretensión alegando que se trata de un tema de legalidad ordinaria de la que no puede conocer el Tribunal Constitucional, siendo la doctrina sentada por la sentencia citada 57/2008 criticable por cuanto no provee las consecuencias que su aplicación conlleva pues parte de considerar el instituto de la prisión provisional como pena, desconociendo que cuando se produce el abono dicha prisión preventiva se convierte en pena, y de admitirse tal doctrina se posibilitaría el cumplimiento simultaneo de dos penas privativas de libertad, lo que está prohibido taxativamente en el Código Penal vigente, llegándose a la paradoja, gráficamente expuesta de que ello supondría la existencia de días de 48 horas, y eso es físicamente imposible, frente a lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

A la luz de la oposición formulada por la representación del Ministerio Público frente a la pretensión señalada por el recurrente debemos de decir que nos encontramos con una petición que afecta al derecho fundamental del penado a la libertad, y que, por tanto, la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en relación a los derechos fundamentales es vinculante en la interpretación de la normativa que constituye la legalidad ordinaria sancionada en el Código Penal y en las leyes procesales de pertinente aplicación.

En este tenor, la citada sentencia del Tribunal Constitucional tiene sentido, que la interpretación y aplicación de la legalidad procesal y penal es una cuestión que corresponde resolver en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el artículo 117.3 de la Constitución Española, de modo que no le correspon-

de corregir o revisar desde la perspectiva de la legalidad ordinaria la liquidación de condena del penado, en este caso, que compete en exclusiva a los órganos judiciales, limitándose dicho Tribunal a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 108/1997, 31/1999).

En todo caso, resalta dicha Sentencia, que el enjuiciamiento de las o resoluciones, en general, de la jurisdicción ordinaria, cuando a las mismas se imputa por los recurrentes la vulneración de un derecho fundamental, es atribución incuestionable de este Tribunal, en cuyo enjuiciamiento inevitablemente debe entrar la valoración de la interpretación de Leyes ordinarias y de su aplicación al caso desde la óptica obligada de la definición constitucional del derecho de que se trate.

En tal sentido, dado el papel fundante de los derechos fundamentales, "ex" artículo 10 de la Constitución Española, debe ser el derecho fundamental la clave lógica de la interpretación de la Ley, y no la interpretación de ésta el elemento determinante del ámbito correspondiente al derecho fundamental. En otros términos, debe ser el derecho fundamental el prius lógico para la interpretación de la Ley, y no la interpretación de ésta el elemento definitorio del derecho fundamental, siendo así como el Tribunal Constitucional, al ejercer la función que constitucionalmente tiene atribuida, puede, y debe, enfrentarse a la interpretación de Leyes por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto elemento incidente en la interpretación del derecho fundamental.

Por tanto, continua diciendo la mencionada sentencia en caso similar al que nos ocupa en esta resolución, al contraerse la cuestión allí suscitada a determinar si ha resultado vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), por no haberle sido abonado la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en una misma causa, habiendo excluido el órgano judicial del referido abono el tiempo en el que el recurrente, simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa, se encontraba privado de libertad como penado para el cumplimiento de la condena impuesta en otra causa distinta.

En el análisis de dicha cuestión se parte del criterio sentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero), que sentaba que el papel nuclear de la libertad en el sistema del Estado democrá-

tico de Derecho, con las consecuentes exigencias de reserva material de Ley respecto de las medidas de prisión que pueden limitarla (artículos 1.1, 17.1 y 53.1 de la Constitución Española), y del significado vulnerador de ese derecho fundamental que debe ser atribuido a las resoluciones judiciales, que no se atengan estrictamente a la regulación legal de la prisión provisional (Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1987, 3/1992) . En otras palabras, el derecho a la libertad puede resultar conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, 28/1985, 241/1994, 322/2005).

Más concretamente, continua sancionando dicha sentencia, en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad, este Tribunal tiene declarado que "no es excluible una lesión del artículo 17.1 de la Constitución Española, si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal", pues el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución Española permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la Ley. De modo que no ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución Española la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal y del Código Penal respecto- al cumplimiento ... de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto supongan un alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1996, que reproduce doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1988).

Concluye este apartado, la mencionada sentencia, señalando que es así como este Tribunal, al ejercer la función que constitucionalmente tiene atribuida, puede, y debe, enfrentarse a la interpretación de Leyes por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto elemento incidente en la interpretación del derecho fundamental, y, en este sentido, en cuanto interpreta el derecho fundamental a la libertad frente la interpretación que de las leyes hacen los Juzgados y Tribunales, es en el tenor en que esta Sala se encuentra sometida a la doctrina del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar y, a los efectos de resolver la procedencia de la pretensión actuada en esta ejecutoria, hemos de señalar que son hechos objetivos que S. C. F. estuvo en situación de prisión provisional en los autos de juicio sumario nº 4, seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de los

de Zamora en virtud de auto de fecha 4 de febrero de 1993, efectivo desde el 23 de febrero de 2003, ratificado por auto del propio juzgado de 18 de junio de 1993, prorrogado por auto de este tribunal de 25 de febrero de 1995, que se extendió hasta la fecha de la firmeza de la sentencia definitiva dictada en la Causa (Sumario de Sala nº 5/93) con fecha 21 de abril de 1995, encontrándose cumpliendo pena en el Centro Penitenciario de Zamora, sin que quepa en correcta técnica jurídica identificar prisión provisional y pena de prisión (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero), ya que la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, de forma que no es en modo alguno una especie de pena anticipada.

Abundando en esta línea señala la doctrina constitucional que la distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y la de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal y afirma, a los efectos que a este supuesto interesan, que: del hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar (Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2000 y sentencias citadas del Tribunal Constitucional).

En efecto, siguiendo dicha doctrina seguida en materia de derecho fundamental de libertad, una vez despejado el dato en esta causa, como ya ha quedado señalado, de que el recurrente en amparo estuvo en prisión provisional en el sumario núm. 7/1993 de esta Sala, desde el 23 de febrero de 1993 hasta el 26 de marzo de 1995, ostentando simultáneamente durante todo ese período la condición de preso preventivo en dicha causa y la de penado en otra causa distinta, ha de resaltarse que el artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción anterior a la que le ha dado la Ley Orgánica 15/2003, que era la aplicable en el caso que nos ocupa, disponía que el

tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada. Así pues la previsión legal aplicable era, al igual que lo es en la vigente redacción del artículo 58.1 del Código Penal, la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, careciendo de cobertura legal la exclusión para el referido abono del período de tiempo en el que simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa concurre la situación de penado por otra causa.

En este sentido, proyectando al caso ahora enjuiciado las consideraciones que se hicieron en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, hemos de reiterar que la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (artículo 58.1 del Código Penal)", lo que desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 del Código Penal, y, en concreto, el no, abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, á partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el artículo 58.1 del Código Penal, basada en un dato ausente de éste.

Continua la mencionada resolución del Tribunal Constitucional 57/2008 señalando que no puede oponerse, en este caso, a la pretensión deducida por el penado el argumento de que las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, siguiéndose el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, como establece el artículo 75 del Código Penal, pues, el debate litigioso

en este caso no estriba en el orden de cumplimiento de las penas impuestas al condenado por diversas infracciones cuando no puedan ser cumplidas simultáneamente, cuestión que aborda y resuelve, como se indica en el Auto, el artículo 75 del Código Penal, sino la determinación del tiempo de abono de la privación de libertad sufrida provisionalmente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, tema que regula el artículo 58.1 del Código Penal, en los términos ya indicados a los efectos que a este recurso de amparo interesan.

Finalmente tampoco puede considerarse, siguiendo del mismo modo la doctrina constitucional, que en la situación de coincidencia temporal de las situaciones de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra, la prisión provisional acordada no afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (artículos 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento Penitenciario), el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está materialmente en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, que sólo padezca una privación de libertad meramente formal (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999).

Por todo lo expuesto ha de establecerse la procedencia del abono de la prisión provisional sufrida por el penado en esta causa en la liquidación de condena que se practique, conforme ya tenía acordado la sentencia firme dictada en la causa, en la que, con conocimiento de todos los datos que se han dejado objetivados, se establecía que le "será de abono para el cumplimiento de las expresadas penas el tiempo que hayan estado privados de libertad en esta causa" (mención innecesaria dados los hechos probados), pues otra decisión, siguiendo la meritada doctrina en que se apoya esta resolución, que no sea abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en el sumario de que dimana esta ejecutoria para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa carece de cobertura legal, lo que supondría un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del artículo 17.1 de la Constitución Española).

La Sala acuerda: estimar la pretensión formulada por el penado S.C.F. y que se practique una nueva liquidación de condena en la que se deduzcan los días de abono de prisión preventiva sufrida en los autos de sumario nº 7/1993 del que dimana la presente ejecutoria de Sala nº 16/1995.

77.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 30/10/08

Desestimación por existencia de circunstancias que aconsejan el mantenimiento de la medida cautelar.

Se alza la representación del imputado A.I.L., frente al auto dictado por el Juzgado de Instrucción acordando la prisión provisional del mismo, solicitando el levantamiento de dicha medida cautelar, alegando que no existen motivos para mantener la misma, habida cuenta de que el imputado cuenta con domicilio conocido, no existe riesgo de fuga y debe prevalecer su derecho a la presunción de inocencia.

El artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras su reforma por Ley Orgánica 13/03 de 24 de octubre, viene a exigir como requisitos para establecer la medida personal de prisión provisional: a) existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de delito, b) que la pena que el Código Penal establece para el delito cometido deberá de ser, en abstracto, igual o superior al límite máximo de dos años de Prisión, o que, siendo la pena inferior al límite de dos años antes indicado, el imputado tuviera antecedentes penales por delito doloso, no imprudente, no cancelados, ni susceptibles de cancelación, c) existencia de motivos bastantes para considerar acreditada la autoría de la persona contra la que se dicta la Prisión Provisional, d) finalidad aseguratoria consistente en: 1.- asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando racionalmente pueda presumirse riesgo de fuga. Para valorar el riesgo de fuga deberá de acudir a los siguientes parámetros: naturaleza del hecho, gravedad en abstracto de la pena que en definitiva pudiera imponerse en sentencia firme; situación familiar, laboral y económica del imputado; inminencia de la celebración del Juicio Oral, teniendo especialmente consideración respecto a los casos en los que proceda la incoación del procedimiento establecido para los Juicios Rápidos (Título III, Libro IV de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal), pudiendo, no obstante, acordarse la prisión provisional cuando, a la vista de los antecedentes existentes en las actuaciones, hubieran sido dictadas dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años inmediatamente anteriores, no siendo de aplicación en este caso el límite mínimo de dos años establecido en el artículo 503.1,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2.- evitar ocultación, alteración o destrucción de pruebas, para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo en la instrucción y Juicio Oral, 3.- evitar que el imputado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima y, especialmente, cuando ésta sea alguna de las personas que como sujetos pasivos fija el artículo 153 del Código Penal (violencia doméstica habitual) y 4.- evitación del riesgo de comisión de otros hechos delictivos por parte del imputado, para adoptar dicha medida aseguratoria de carácter personal, en la valoración del riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, teniendo en consideración asimismo los antecedentes del imputado y demás datos y circunstancias aportados por la Policía Judicial o que resulten de las actuaciones, de las que pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertado con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades con habitualidad.

No obstante la aplicación de la medida aseguratoria personal descrita de prisión provisional no debe de reducirse a una simple operación matemática atendiendo a la gravedad del delito y de la posible pena a imponer, sino que deberá de ser objeto de valoración en cada caso concreto. Así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resumido en la sentencia de fecha de 17 de febrero de 2000 sus pronunciamientos continuados estableciendo que "Tal planteamiento nos obliga a examinar, en primer término, si con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 503 y 504 basta para entender a su vez cumplidas las exigencias constitucionales y, en segundo lugar, si esas exigencias se han cumplido o no efectivamente en el presente caso.

La función de la prisión provisional no puede ser en ningún caso la de adelantar los efectos de una hipotética pena que pudiera serle impuesta al acusado o la de impulsar la investigación del delito u obtener pruebas o declaraciones, ya que con tales fines la privación de la libertad excedería

de los límites constitucionales, sino que es necesario para que pueda decretarse, o, en su caso, mantenerse, la concurrencia de diversas circunstancias. Unas, en primer lugar, vienen referidas a la objetivación de una conducta de carácter ilícito, y son, tal y como dispone con carácter general el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor (con el nuevo Código Penal ha de entenderse superior a los tres años de prisión), o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos, y, que aparezcan en la causa motivos bastantes para crear responsable criminalmente del delito a la persona contra la que hubiere de decretarse la medida. Otras, en segundo lugar, están referidas a la finalidad que la prisión provisional, desde el punto de vista constitucional, pretende conseguir, y son, evitar la sustracción del delincuente a la acción de la justicia, eliminar la posibilidad de que se pueda influir negativamente en el acopio de pruebas, y mitigar los efectos de la reiteración delictiva, sirviendo a modo de ejemplo la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 47/00 de 17 de febrero por último, debe tenerse muy en cuenta que la intensidad del juicio de ponderación entre la prisión provisional y el derecho a la libertad del imputado, pues es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la prisión provisional, ya que la justa medida de los elementos determinantes puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de uno tiempo.

Establece la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 217/2001, de 29 de octubre: "La constitucionalidad de esta medida cautelar exige la concurrencia de una serie de factores. Ante todo, es necesario que tenga como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una conducta delictiva y que su diana sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la limitación de la libertad. En concreto, hemos dicho que los riesgos a prevenir son tres, el de ponerse fuera del alcance de la justicia, el de obstruir la instrucción sumarial y el de delinquir nuevamente (Sentencia del Tribunal Constitucional 207/2000, de 24 de julio).

Por otra parte, estas decisiones sobre la situación personal del inculpa- do deben reflejarse en un Auto con una suficiente y razonable motivación para lo cual es preciso que ofrezca el resultado de la ponderación de los intereses en juego, la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado y la efectividad de la justicia penal con evitación de más hechos delictivos, por otro, ponderación que en ningún aspecto ha de ser arbitraria por resultar acorde con las pautas del razonamiento jurídico con una normal estructura lógica y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional –Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio y 47/2000, de 17 de febrero. Entre los criterios que hemos venido considerando relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y racionalidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las caracte- rísticas del delito imputado, su gravedad y de la pena con que se castigue y, en segundo lugar, "las circunstancias concretas y las personales del imputado", siendo importante también el momento procesal en que la medida se adopte (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1996, de 11 de marzo).

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2002, de 14 de enero expresa "la constitucionalidad de la prisión provi- sional exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, mereciendo tal considera- ción únicamente aquellos que remiten a "la conjugación de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como, en general, sobre la sociedad " (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio y 14/2000, de 17 de enero). En particular, esos riesgos a pre- venir serían los de sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal o la reiteración delictiva (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1999, de 8 de marzo).

Atendiendo a una perspectiva formal, se ha insistido en que las deci- siones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provi- sional deben expresarse en una resolución judicial motivada (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 8/1999, de 22 de febrero). Dicha motivación ha de ser suficiente y razonada, lo que supone que el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifi- can la adopción de dicha medida y que esa apreciación no resulte arbitra-

ria, debiendo entenderse por tal aquélla que no resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional –Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995.

En consecuencia, la suficiente y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) a partir de toda la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas de razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria y proporcionada a la consecución de los fines que la legitiman (Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995; y 33/1999, 1999/1845).

Concretando dichas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores -entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995.

En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito -por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1997.

Tales criterios han sido recogidos en la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, como expresa en su Exposición de Motivos.

Dicho lo que antecede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 502 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción de la Ley Orgánica 13/2003, procede hacer las siguientes consideraciones: Del testimonio remitido a esta Sala se desprende la existencia de indicios relativos a la tentativa de comisión por el imputado de un delito contra la vida o integridad corporal de K.L. (tío del mismo), puesto que por mantener discrepancias respecto de la ocupación de un inmueble, el ahora recurrente procedió a verter sobre aquél gasolina, y portando un mechero hizo intención de prenderle fuego, lo cual resulta del propio testimonio de la víctima, y del testigo policial que le detuvo, portando el líquido inflamable y un encendedor, manifestando que le iba a quemar a él junto con el piso.

Por ello los hechos son graves y podrían ser merecedores de una pena superior a dos años de prisión, tanto se consideren como tentativa de homicidio o de lesiones graves.

Que el imputado si bien parece tener domicilio conocido, sin embargo por su condición de ciudadano extranjero podría sustraerse a la acción de la Justicia al tiempo que también se aprecia la existencia de peligro para la víctima, pudiendo volver a repetir acciones violentas contra su tío.

En consecuencia entendemos que la medida cautelar adoptada se ajusta a los principios legales y doctrina constitucional, por lo que procederá mantener la misma, al considerar que la sustitución por otras medidas cautelares, no aseguraría el riesgo de fuga, que ante la importancia de las potenciales penas, se pone de manifiesto.

Por todo ello se desestima el recurso de apelación y se confirma en su integridad la resolución recurrida.

Se imponen a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

En su virtud la Sala acuerda,

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de A.I.L., contra Auto de fecha 11 de noviembre de 2008 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranda de Duero en las D.P. nº 1125/08 confirmando el mismo e imponiendo al recurrente las costas procesales.

78.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 31/01/08

Se desestima queja de descontar días de internamiento en CIE del cumplimiento de la condena.

Por el interno I.I., se formuló la queja cuyos datos obran unidos.

Formado expediente con los datos oportunos y dado traslado del mismo al Ministerio Fiscal, el mismo lo emitió en el sentido que consta unido anteriormente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la ley orgánica General penitenciaria, que determina las atribuciones del Juez de Vigilancia para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse y especialmente correspondiéndole, según el apartado 2 g/ del citado precepto legal, acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, es necesario dar adecuada respuesta al escrito presentado por el interno.

El interno de referencia interesa que los días que estuvo internado en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Murcia, le sean descontados del cumplimiento de su condena, y, que, por tanto se modifique su hoja de cálculo y la refundición de condena.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que no consta que el mismo estuviere en dicho Centro de Internamiento según resulta de su expediente, tal y como nos informa el Centro Penitenciario de Topas (informe de 24 de enero de 2008)

Pero, en cualquier caso y en segundo lugar aún considerando que si ha estado internado, no podemos confundir el referido internamiento, con la detención o prisión preventiva, esta última si abonable.

El internamiento es una medida que se adopta atendiendo a la situación personal del súbdito extranjero en relación con la mayor o menor probabilidad de su huida, o cualquier otra circunstancia que el Juez estime rele-

vante, en orden a que se pueda materializar su expulsión acordada por la autoridad administrativa competente, en virtud del artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero.

En ningún caso, la situación de los súbditos extranjeros en dichos Centros de Internamiento es equiparable a la situación de prisión provisional, con regímenes jurídicos diferentes (los internados no son presos).

En consecuencia, no procede el abono solicitado por el interno.

Téngase en cuenta, que el periodo máximo de internamiento en un Centro de Extranjeros nunca puede superar los 40 días, a fin de poder materializar la expulsión, quedando sin efecto la medida transcurrido dicho plazo, sin necesidad de nueva resolución.

El Ministerio Fiscal también ha interesado la desestimación de la queja formulada, en su informe de 30 de Enero de 2008.

A esta convicción llega el proveyente a que después de valorar libre y soberanamente la prueba practicada en autos, según las reglas de la sana crítica, consistente dicha prueba en los informes del Centro Penitenciario solicitados a instancias judicial para clarificar el asunto, y que evidencian lo que anteriormente ha quedado indicado, sin que sirvan las meras alegaciones del interno para desvirtuar el informe oficial emitido por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones, teniendo la consideración de prueba semiplena (que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, que no ha sido el caso), al no ser el Centro Penitenciario parte procesal en estas actuaciones de Vigilancia penitenciaria, y si ser un órgano informante del juez, a tenor del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Se desestima la queja interpuesta por I.I., interno en el Centro Penitenciario de Topas, en base al Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución.

CAPÍTULO XIV

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

CONFIRMACIÓN

79.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 21/08/08

Se desestima por considerar correctamente calificados los hechos sancionados.

Por acuerdo de fecha 13 de junio del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de referencia, impuso al interno la sanción de privación de permisos por tiempo de treinta días, como autor de una falta grave del artículo 109-I del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la sanción impuesta.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de las pruebas practicadas, las declaraciones funcionariales, la documental aportada y las alegaciones del interno, que no manifiesta nada al respecto, ha quedado plenamente acreditado que el día 7 de mayo, tras una analítica de carácter regimental, dio positivo en Thc., hechos correctamente calificados en el apartado I del

artículo 109 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta grave, siendo tal consumo correctamente sancionado con la privación de permisos por tiempo de treinta días, al amparo de lo previsto en el artículo 233.1 b) del Reglamento Penitenciario del 96.

Dispongo: Desestimar el recurso interpuesto por el interno, ratificando la sanción impuesta.

MODIFICACIÓN

80.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 09/07/08

Se estima parcialmente al calificar como leve una sanción considerada grave.

Por acuerdo de fecha 23 de mayo del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de referencia, impuso al interno la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de quince días, como autor de una falta grave del artículo 109-a del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción la citada interna interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación parcial del recurso y la moderación de la sanción impuesta.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con cumplimiento de los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de las pruebas practicadas, las declaraciones funcionariales, la documental aportada y las alegaciones del interno, que reconoce los hechos, ha quedado plenamente acreditado

que el día 9 de mayo último protagonizo los hechos que constan en el acuerdo sancionador, hechos que deben ser calificados en el apartado a) del artículo 110 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta leve, dadas las circunstancias concretas del caso y las expresiones proferidas, que denotan una desconsideración leve hacia las personas que se citan, calificando la misma como leve, conducta sancionada con la privación de paseos y actos recreativos por tiempo de tres días, al amparo de lo previsto en el artículo 233.3 del Reglamento Penitenciario del 96.

Dispongo: estimar en parte el recurso interpuesto por el interno, contra el acuerdo sancionador indicado, calificando los hechos como constitutivos de una falta leve, sancionable con la privación de paseos y actos recreativos por tiempo de tres días.

81.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 20/08/08

Se estima parcialmente al calificar como leve una sanción considerada grave.

Por acuerdo de fecha 13 de Junio del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de referencia, impuso al interno la sanción de privación de permisos por tiempo de treinta días, como autor de una falta grave del artículo 109.b del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la sanción impuesta.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa, y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de las pruebas practicadas, las declaraciones funcionariales y las alegaciones del interno, que reconoce implícitamente el hecho, tratándolo de justificar con el hecho de los horarios de los trenes, debiendo y pudiendo ajustar el tren de llegada para cumplir con el horario de entrada establecido, ha quedado plenamente acreditado que el día 16 de mayo ultimo, el interno regresó al Centro de cumplimiento, tras el disfrute de un permiso, a las 13'20 horas, cuando debía de haberlo hecho a las 13'00, hechos que deben ser calificados correctamente en el apartado f del artículo 110 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta leve, y sancionables con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo dos días, al haber alterado con su retraso la vida regimental, retrasando las tareas de recuento y control en el departamento de la sección abierta, al amparo de lo previsto en el artículo 233.3 del Reglamento Penitenciario del 96 y sin perjuicio de que, el hecho de no haber cumplido con su deber de presentación ante las FES pueda y deba tener sus necesarias consecuencias en la valoración de concesión de nuevos permisos.

Dispongo: Estimar en parte el recurso interpuesto por el interno, en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de una falta leve del artículo 110-f, sancionable con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de dos días.

82.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 03/11/08

Estimación en parte del recurso por calificación como falta leve en vez de falta grave.

Por acuerdo de fecha 12 de Septiembre del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno J.J.P.C. la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de treinta días, como autor de una falta grave del artículo 109.d del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con cumplimiento a Los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de las pruebas practicadas, las declaraciones funcionariales, y las alegaciones del interno, que reconoce el hecho, ha quedado plenamente acreditado que el día 7 de Septiembre ultimo, el interno incumplió la obligación de someterse al control de su medicación por parte del ATS, teniendo en su poder más pastillas de las prescritas, hechos idénticos que los relacionados en el Acuerdo, pero que deben ser calificados correctamente en el apartado f del artículo 110 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta leve, y sancionables con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo dos días, al estar en posesión de una medicación prescrita y por tanto, no prohibida, saltándose solamente el consejo médico, al amparo de lo previsto en el artículo 233.3 del Reglamento Penitenciario del 96.

Dispongo: Estimar en parte el recurso interpuesto por el interno J.J.P.C., en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de una falta Leve del artículo 110-f, sancionable con privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de dos días.

83.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 25/11/08

Estimación en parte de recurso por calificación como falta grave en vez de muy grave.

Por acuerdo de fecha 9 de Septiembre del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, impuso al interno J.M.S.N.L. la sanción de aislamiento en celda por tiempo de tres

fines de semana, como autor de una falta muy grave del artículo 108.b del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación parcial del recurso y la moderación de la sanción impuesta.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del procedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, no observándose la nulidad pretendida por el interno, constando en autos las pruebas propuestas por el mismo, a la vista de las pruebas practicadas, las declaraciones funcionariales, las de los testigos y las alegaciones del interno, que reconoce el altercado, alegando ser víctima del mismo, dando una versión del por qué la presunta agresión en nada creíble, ha quedado plenamente acreditado que el día 23 de julio último, en las duchas, el interno empujó a otro después de una discusión entre ambos, empujándole seguidamente el agredido al interno quejoso, que resultó levemente lesionado, hechos que deben ser calificados correctamente en el apartado “d” del artículo 109 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta grave, como maltrato de obra, dadas las circunstancias particulares del hecho, agresión mutua, y la levedad de las lesiones, y sancionables con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo quince días, al amparo de lo previsto en el artículo 233.2 b) del Reglamento Penitenciario del 96. Dispongo Estimar en parte el recurso interpuesto por el interno J.M.S.N.L., en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de una falta grave del artículo 109-d, sancionable con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de quince días.

REVOCACIÓN

84.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 20/05/08

Se estima recurso de queja y se elimina expediente disciplinario por registrar celda sin la presencia del interno.

Con fecha 15/02/2008, este Juzgado dictó Auto en el que desestimó el recurso presentado por el interno M.A.A.ELC., contra el acuerdo sancionador nº 878/2007-2823 de fecha 23/01/2008, en el que se le impusieron 30 días de privación de paseos y actos recreativos por considerarle autor de una falta grave (artículo 109.f del Reglamento Penitenciario de 1981) por haber encontrado un teléfono móvil marca Samsung y un cargador en la celda que ocupaba dicho interno.

El citado Auto fue recurrido en reforma por la procuradora en nombre de M.A.A.ELC., por considerar que en este caso no existe ninguna razón de importancia que justifique la ausencia del interno en el momento en el que fue ocupado el teléfono móvil.

El Ministerio Fiscal ha informado en el sentido de desestimar el recurso de reforma presentado.

A la vista de las alegaciones realizadas por la parte recurrente, es procedente estimar el recurso de reforma presentado debido a las siguientes razones:

- La presencia en el registro de la celda del interno es una exigencia derivada del derecho de la intimidad y de dignidad del interno (artículo 4-2 b del Reglamento Penitenciario). Además el artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria también reitera que los registros de las pertenencias y locales que ocupen los internos, se realizaran siempre dentro del respeto y la dignidad de la persona.

- Sobre tal cuestión los jueces de vigilancia penitenciaria es sus criterios de actuación se han pronunciado (criterio nº 96) en el sentido de recomendar la presencia del interno en los registros, salvo en supuestos excepcionales que deberá justificar la Administración Penitenciaria. En definitiva la presencia del interno debe ser la norma cuando se efectuó un registro y su ausencia debe ser la excepción y para ello habrá que indicar el motivo por el que el interno no estuvo presente.

En el caso de ahora se examina, no consta en las actuaciones las razones por las que M.A.A.ELC., no estaba presente cuando en su celda se encontró un teléfono móvil y un cargador, hecho por el que ha sido sancionado. Debido a ello debe necesariamente estimarse el recurso de reforma que se ha presentado pues la Audiencia Provincial de Madrid (sección 5a) entre otros en su Auto nº 1376/2002 de 12 de julio de 2002 y nº 1315/2002 de 28 de mayo de 2002, declaró que " es conveniente que el registro de los enseres del interno se celebre en su presencia". El citado tribunal se inclina a pensar que debiera ser la norma la presencia del preso durante el registro y requisa de la celda pues puede ocurrir y no es infrecuente que de ellos resulten hallazgos que puedan dar lugar a sanciones disciplinarias.

La línea jurisprudencial que mantiene la Audiencia Provincial de Madrid, fue confirmada por el Tribunal Constitucional en un Auto dictado el 27/03/2006 por la Sala Primera, en la que se declaró que la presencia del interno durante el registro " constituye el medio más natural y adecuado para informar del mismo a quien lo sufre". En esa Resolución el Tribunal Constitucional estimo el amparo que solicitaba un interno, ya que no constaba que se hubiera informado al interno del registro que se le iba a realizar, ni que el mismo estuviera presente durante su práctica.

Por ello consideró el Tribunal Constitucional que se había incurrido en desproporción respecto a la limitación del derecho a la intimidad.

En definitiva en el presente caso , los funcionarios al constatar que en el interior de la celda había un teléfono móvil y un cargador, debieron llamar al interno que ocupaba la misma y en su presencia proceder a extraer ese objeto del lugar en el que se encontraba, para permitir así al interno que en ese momento pudiera dar las explicaciones oportunas y garantizar una contradicción en la obtención de las pruebas que sirvieron de fundamento para su posterior sanción (Auto nº 1376/2001, de 12 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5ª)

Por último hay que hacer constar que por parte de la Dirección del Centro Penitenciario Madrid III, se hizo un uso inadecuado del artículo 243 del Reglamento Penitenciario, ya que se aplicaron al interno 16 días de aislamiento, durante el tiempo que se investigaban los hechos relacionados con la ocupación del teléfono móvil y el cargador.

Ese periodo de tiempo y la naturaleza de la medida cautelar aplicada (separación celular y suspensión de llamadas) se considera excesivo y desproporcionado y así se le hará saber al centro penitenciario Madrid III,

para que en lo sucesivo se haga un uso razonable del artículo 243 del Reglamento Penitenciario.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente de aplicación.

Se estima el recurso de reforma presentado por la procuradora, en nombre del interno M.A.A.ELC., contra el Auto de 15/02/2008 que dictó este juzgado, el cual queda sin efecto, al igual que el Acuerdo Sancionador de 23/01/2008, por ser nulo de pleno derecho el registro que se realizó en la celda del citado interno sin estar el mismo presente. Por todo ello el mencionado interno no debe cumplir ninguna sanción.

Hágase saber al Centro Penitenciario Madrid III , que se considera desproporcionada en este caso la utilización que se hizo del artículo 243 del Reglamento Penitenciario , ya que la averiguación de los hechos que se investigaba en modo alguno justificaban los 16 días de aislamiento que se impusieron al interno .

Por ello en lo sucesivo deberá abstenerse de acordar y mantener una medida cautelar durante tantos días.

85.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 13/06/08

Revocación de sanción tras participación de los internos implicados en un proceso de mediación.

Impugna el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Madrid III por no hallarse conforme con el mismo.

En el Expediente se imputa al interno la comisión de una falta grave del artículo 109-c del Reglamento Penitenciario porque "el día 25-3-2008, a las 10:15 horas, los funcionarios observan como S.B. se acerca a una mesa donde hay varios internos jugando y con una cuchilla de afeitar corta en la cara a U.M., interviniendo otros internos y funcionarios para separarlos. Posteriormente el interno S.B. manifiesta "yo soy un hombre y U. me ha insultado".

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó la imposición de una sanción de seis días de aislamiento en celda.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En el presente caso, concurre una circunstancia que no puede pasar desapercibida a la hora de resolver el recurso presentado por el interno S.B. Dicho interno junto con U.M. (los dos que intervinieron en los hechos acaecidos el día 25-03-2008) han participado en un proceso de mediación, llevado a cabo por la Asociación de Mediación para la pacificación de conflictos. En esa mediación los internos mencionados han firmado un acta de reconciliación en la que expresamente manifiestan la importancia que tiene el encuentro dialogado como forma de prevenir un nuevo conflicto, al tiempo que se han comprometido a no tomar represalias.

Ante tal situación, es preciso reconocer el esfuerzo realizado por S.B. y U.M. y otorgar a esa actitud conciliadora un efecto jurídico, dentro de los fines reeducativos y de reinserción social que tienen las penas privativas de libertad.

Por ello haciendo uso de las facultades que otorga el artículo 256 del Reglamento Penitenciario, procede revocar la sanción de seis días de aislamiento en celda que se impuso al interno S.B., por haberse sometido el mismo a un proceso de mediación, felizmente concluido con el interno U.M.

Se revoca la sanción de seis días de aislamiento en celda que se impuso a S.B., en el Acuerdo Sancionador de 7-5-2008, el cual se deja sin efecto, por haberse sometido el mismo a un proceso de mediación.

86.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 09/10/08

Revocación de sanción por falta de acreditación de los hechos.

Se interpone por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, O.C.N., recurso de alzada contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria

de 18-09-08 que sancionó al ahora recurrente como autor de una falta grave prevista en el artículo 109-1 del Reglamento Penitenciario de 1981.

Establecido lo anterior, el recurso tiene que acogerse, y ello, al no haber quedado suficientemente acreditado que el interno, que no fue visto por médico o personal sanitario alguno, en la noche del pasado día 22 de agosto del corriente año se encontrase bajo los efectos de una ingestión masiva de sustancias psicotrópicas ya que, una era desorientación espacial en el momento de serle interrumpido el sueño, no es prueba suficiente de encontrarse el afectado bajo los efectos de drogas tóxicas.

Se estima el recurso interpuesto por el interno, contra el acuerdo sancionador de fecha 18-09-08 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote, que queda sin efecto, y se revoca la sanción impuesta.

INEXISTENCIA

87.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 05/05/08

Inexistencia de falta (artículo 109-b) de desobediencia.

En el expediente disciplinario N° 160/2008-0303 tramitado en el Centro Penitenciario de Alicante II, Villena, ha recaído acuerdo sancionador de fecha 15 de abril de 2008 adoptado por la Comisión Disciplinaria, por el que se impone al interno una sanción consistente en 15 días de privación de paseos y actos recreativos al considerarlo autor de una falta grave, prevista y tipificada en el apartado B) del artículo 109 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y reformado por Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo.

Examinado el supuesto fáctico que ha dado lugar al expediente objeto del presente recurso (y que fue recurrido por el interno en escrito aparte de la misma fecha en que le fue notificado el pliego de cargos, pese a que el centro penitenciario manifieste que declaró no recurrir; y que debe admitirse, habida cuenta que dicho escrito recurriendo es de fecha 26 de marzo de 2008, debiendo primar la intención del interno de ejercitar un

derecho previsto legalmente, formalizado a través del escrito remitido), resulta tal como así además determina el Ministerio Fiscal que los hechos consignados como probados no acreditan la falta que se impone, ya que de la lectura de los hechos probados, se deduce que el día 21 de febrero de 2008 y en días anteriores, el interno hizo un uso abusivo de los servicios médicos, pese a ser advertido de que no debía hacer un uso indebido de los mismos, entendiéndose que ello es constitutivo de la falta del artículo 109-b, aduciendo que con su actitud estaba dificultando la atención médica a los internos que si la precisan. Reexaminado el expediente objeto de recurso y las respectivas alegaciones, y pese a observar que una vez más el interno utiliza un lenguaje y unas expresiones que en ocasiones resultan inadecuadas y desafortunadas y que van más allá de lo que es el ejercicio de un legítimo derecho de crítica, siendo ésta la segunda vez que se le previene en tal sentido, lo cierto es que se comparte el criterio del Ministerio Fiscal, y el supuesto abuso de la asistencia médica por parte del denunciado que se hace constar en el pliego de cargos y en las declaraciones de los funcionarios actuantes, no puede ser restringido vía disciplinaria, pues se entra en un terreno y se trata de apreciaciones con un alto componente de subjetividad, y tanto el servicio médico y demás organismos pueden tener la convicción que el interno abusa de dichos servicios, como el recurrente también puede tener la convicción de que no recibe el trato adecuado, por lo que atendiendo a los hechos que se le imputan, se reputa excesivo y desproporcionado abordar los mismos desde el punto de vista disciplinario, al ser el derecho a la asistencia médica un derecho del interno que no cabe abordar vía disciplinaria tal y como acertadamente aduce el Ministerio Fiscal, pues no puede constituir desobediencia o resistencia pasiva el ejercicio de un derecho, sin perjuicio que los excesos que pudieren detectar los servicios médicos en ese sentido puedan abordarse de otra forma que no sea evidentemente la disciplinaria, razones por las que debe estimarse el recurso y levantarse la sanción impuesta.

NULIDAD

88.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SEVILLA DE FECHA 20/05/08

Nulidad de procedimiento disciplinario que omita el trámite de puesta de manifiesto, de conformidad con la Instrucción 1/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Se formula recurso de alzada por el interno D.M.B. contra el acuerdo de fecha 05-03-08 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Sevilla, dictada en el expediente sancionador seguido al número 34/08, por el que se le impuso al interno la sanción de 5 días de aislamiento en celda más 14 días de aislamiento en celda, por la comisión de una falta grave del artículo 109 f) y una falta muy grave del artículo 108 b) del Reglamento Penitenciario Real Decreto 1201/81 de 8 de Mayo, por hechos acaecidos el 27-12-07.

Tras incoarse el oportuno expediente, seguido al número que consta, y emitidos los informes oportunos por el Centro Penitenciario y por el Ministerio Fiscal que interesó la desestimación del recurso.

El expediente disciplinario en su tramitación no se ha ajustado a las previsiones del artículo 240 y siguientes del Reglamento Penitenciario, no respetando los principios constitucionales de audiencia y defensa, pues observado en su totalidad el expediente podemos apreciar como se ha prescindido del trámite de puesta de manifiesto previsto en el artículo 244.4 del Reglamento Penitenciario, que señala "instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto al interesado, para que, en un plazo de diez días, alegue o presente los documentos o justificantes que estime pertinentes". Este principio general de acceso del interesado al expediente aparece desarrollado en el trámite de puesta de manifiesto previsto en el artículo 84 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cobrando, especial trascendencia al constituir un claro avance en la consolidación del derecho de defensa, recogiendo la doctrina constitucional sobre acceso al material probatorio de cargo, que se garantiza a través del trámite examinado y que deviene en preceptivo y obligado.

Sin embargo la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 1/2005, de 21 de febrero sobre régimen disciplinario, ha recortado el alcance del trámite de puesta de manifiesto en un doble sentido: en primer lugar, sustituyendo la exhibición real de todas las actuaciones por la simple notificación de un documento; y en segundo lugar, suprimiendo la necesidad de este trámite cuando se prescinde de la audiencia y no obre en el expediente actuaciones desconocidas por el interno.

En estas condiciones coincidimos con la doctrina que afirma que el trámite de puesta de manifiesto constituye un trámite de materialización obligada conforme al artículo 244.4 del Reglamento Penitenciario, al ser el único momento en que se garantiza el acceso del interno a los partes de hecho emitidos por los funcionarios y los partes adverativos emitidos por las Jefaturas de Servicios, y constituir éstos en un número elevado de casos, como el presente, el único material probatorio existente en el que además podrá apoyarse un eventual acuerdo sancionador, toda vez que conforme a la doctrina constitucional éstos son aptos e idóneos para destruir el derecho a la presunción de inocencia sin necesidad de ratificación.

Pues bien, verificándose en el expediente la ausencia del trámite de puesta de manifiesto, procede de conformidad con lo establecido en la doctrina jurisprudencial mencionada y en relación al artículo 76,2 e) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, declarar nulas las actuaciones debiendo practicarse dicho trámite, con validez de lo actuado hasta ese momento procedimental

Declarar la nulidad del procedimiento que deberá retrotraerse al trámite de puesta de manifiesto para su práctica, con validez de lo actuado hasta ese momento procedimental.

CAPÍTULO XV

SANITARIA

89.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ DE FECHA 10/12/08

Desestimación de recurso de reinstauración de tratamiento médico.

Contra la resolución desestimatoria de la previa reforma intentada, se alza el apelante interesando se dejen sin efecto los autos recurridos, y se reinstaure el tratamiento médico que recibía y que le fue suspendido el pasado día 30 de julio.

Frente a tal pretensión y dado el valor privilegiado que ha de otorgarse a efectos probatorios al informe médico obrante al folio siete del Expediente, interesado por el Juez de Vigilancia, de conformidad a lo que dispone el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ha de estimarse como justificada la sustitución del tratamiento médico seguido.

En cualquiera de los casos deben prevalecer las razones terapéuticas; y es por tanto, procedente la desestimación del recurso formulado, dado que el tratamiento sustitutivo no es oncológico sino antiviral, para el virus de la hepatitis C, y si bien la interrupción no es deseable en modo alguno precisa reinicio desde el principio. Por demás los efectos secundarios son mínimos y fácilmente controlables con paracetamol.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas originadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto,

La Sala acuerda desestimar el recurso interpuesto por el Letrado, en nombre y representación del interno J.C.D.G. contra el auto de fecha 03/09/08 y en su consecuencia confirmamos los autos dictados por el

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número uno de Extremadura, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

CAPÍTULO XVI

TRASLADOS

90.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE FECHA 27/08/08

Estimación parcial proponiendo al Centro Directivo anulación de traslado por motivos de vinculación familiar y de salud del interno.

El/la interno/a del Centro Penitenciario de Gran Canaria, ha formulado queja ante este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, interesando que no se le traslade al Centro Penitenciario de Dueñas en Palencia por los motivos que se expone.

Admitida a trámite se solicitó informes sobre la misma al Centro Penitenciario, el cual ha contestado que se acordó proponer el traslado al Centro de cumplimiento de Palencia, por motivos que obran en el expediente y que se dan por reproducidos en la presente resolución.

Pasado el expediente al Ministerio Fiscal, este ha evacuado el traslado conferido e interesa la estimación de la queja del interno, dado su arraigo familiar en la Isla de Gran Canaria y su estado de salud

El artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, establece que los internos pueden dirigirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria formulando peticiones o quejas en relación con el régimen o tratamiento penitenciario, en cuanto afecten a sus derechos fundamentales a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos. En el presente caso, examinada la petición del interno/a y los informes remitidos por el Centro Penitenciario tenido en cuenta el parecer del Ministerio Fiscal, cabe acceder a lo solicitado, en el sentido que se dirá, pues se estima justificada la petición del interno y acorde con la legislación penitenciaria, interesando, en evitación de mayores perjuicios para el interno y su familia, proponer al Centro directivo su traslado al Centro Penitenciario de Gran Canaria.

En orden a conseguir la resocialización del interno, fin perseguido por la pena conforme dispone el artículo 25.2 de la Constitución Española se antoja decisivo el que el centro en el que se le ingrese este próximo al núcleo familiar y social al que ha de retornar. La separación física comporta en la práctica la imposibilidad de que los internos puedan ejercitar una buena parte de los derechos que le corresponden a tenor nuestra legislación: disfrute de permisos de salida, visitas y comunicaciones regulares con familiares, amigos, etc. La lejanía entre centro de cumplimiento y medio habitual del interno es un problema grave desde el punto de vista económico y de tiempo, que se agrava si lo extrapolamos al Archipiélago Canario, donde siempre habrá de acudir a medios de locomoción ajenos para los desplazamientos interinsulares o con la península. El argumento de la masificación utilizado frecuentemente por el centro para justificar estos traslados, aún siendo cierto y comprensible por los elevados índices de delincuencia que soporta esta provincia, no resulta válido desde un punto de vista legal, pues es la propia administración la que debiera evitar el desarraigo social del interno mediante la construcción de nuevos centros o la ampliación de los ya existentes -vid artículos 12 y 14 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La resolución de ésta queja por examinar la legalidad del traslado efectuado en aplicación de la reglamentación vigente. Al respecto es de aprobación el artículo 31 del vigente Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero, que otorga al centro directivo la competencia para acordar los destinos de los internos en los distintos centros nacionales y con ello los traslados necesarios; parece pues que se otorga a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con carácter exclusivo según el precepto citado, la competencia para decidir en materia de destinos y traslados de internos.

La norma reglamentaria citada, copia fiel del artículo 80 del derogado reglamento, con la matización de adjetivar esa atribución de competencias administrativas con el calificativo de "exclusiva", denota el énfasis especial del legislador en evitar pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión, invadiendo una competencia que no le pertenece, exclusividad competencial administrativa que sienta el Tribunal de conflictos de Jurisdicción en su Sentencia de 5 de diciembre de 1986, al decir que "...acordar el destino de los penados en los establecimientos penitenciarios es facultad residenciada en los órganos administrativos, que son los que tienen cabal conocimiento de la verdadera situación de los centros y

de la posibilidad de internamiento que estos ofrecen con arreglo a los medios y materiales disponibles. En esta materia los Jueces de Vigilancia pueden dirigir propuestas a la Administración a tenor del artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria". También sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal superior -vid Auto de 15 de marzo de 1996, recaído en el Rollo 4/96 correspondiente a la apelación interpuesta en el E.Q. nº 2816/96 y dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas-, ratificando la competencia exclusiva de la Administración en materia de traslados y sin perjuicio de que la resolución se ponga en conocimiento de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias

Sentado lo anterior, este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en tanto que garante de los derechos del/de la interno/a, en aplicación del artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se proponga a la Dirección General la anulación del traslado al Centro Penitenciario de Palencia del/de la interno/a, habida cuenta que no se ha ofrecido ninguna razón individual de tratamiento que justifique el traslado y la asignación de centro de cumplimiento, si además tenemos en cuenta que dicho interno, al parecer, tiene a toda su familia de origen y adquirida, con la que comunica y quienes lo apoyan en su enfermedad y durante su estancia en prisión, viviendo en Gran Canaria, y que el mismo tiene un delicado estado de salud que, hasta el momento estaba siendo tratado en la isla, no caben menos que pensar que su permanencia en el Centro Penitenciario de Palencia ocasionaría un empeoramiento de su situación penitenciaria (menos posibilidades de comunicaciones y permisos y con mayores costes económicos, aislamiento familiar...) con respecto a la que disfrutaría en la prisión del Salto del Negro y por la que debe velar este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Decido: Estimar en parte la queja interpuesta por el interno del Centro Penitenciario de Gran Canaria, y, por no ser competente este Juzgado para acordar traslados de internos, remitir una copia de esta resolución, a los efectos de propuesta del artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y a los fines indicados en el fundamento jurídico quinto de la presente.

CAPÍTULO XVII

LOCALIZACIÓN PERMANENTE

91.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN 1 DE PICASSENT DE FECHA 30/06/08

Autorización de cumplimiento simultáneo con pena de prisión.

Así los hechos descritos son constitutivos de una falta de hurto prevista y penada en el artículo 623.1 del Código Penal, puesto que concurren todos los elementos de esta conducta típica en el hecho de tomar una cosa mueble ajena con ausencia del consentimiento del dueño y con ánimo de lucro.

Conforme al artículo 638 del Código Penal, el juez podrá aplicar, según su prudente arbitrio las penas señaladas a las faltas, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las normas de los artículos 61 a 72 del citado texto legal. El artículo 623 del Código Penal prevé una pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses. Considerando la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la naturaleza y grado de ejecución del hecho, procede imponer al denunciado, la pena de 5 días de localización permanente, en atención al reconocimiento de los hechos por el mismo. De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Código Penal, la pena de localización permanente obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en la sentencia. Asimismo, si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el Ministerio Fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada. Teniendo presente que el condenado se encuentra interno en Centro Penitenciario, la pena impuesta podrá ser cumplida de forma conjunta y simultánea a la pena que en la actualidad le mantiene interno en el Centro Penitenciario. El Código Penal

establece la compatibilidad de la pena impuesta con la pena de prisión. Por ello, procede oficiar a Instituciones Penitenciarias a fin de certifiquen el cumplimiento de los 5 días de localización permanente en el centro penitenciario en el que en la actualidad se encuentre interno para el cumplimiento de lo acordado en esta sentencia.

De acuerdo con los artículos 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se imponen las costas procesales a los criminalmente

Condeno a A.G.G. como autor penalmente responsable de una falta de hurto del artículo 623 del Código Penal, a la pena de 5 días de localización permanente, estando obligado a permanecer en el Centro Penitenciario donde actualmente se encuentre interno pudiendo cumplir la pena de localización permanente de forma simultánea a la pena que cumpla y al pago de las costas procesales.

92.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN 2 DE LOS LLANOS DE ARIDANE DE FECHA 11/12/08

Cumplimiento simultáneo con pena de prisión.

Dada cuenta, visto el anterior Informe del Ministerio Fiscal en el que se interesa el cumplimiento simultáneo por A.J.R.J. de 12 días de localización permanente en la presente ejecutoría junto con la pena de prisión impuesta del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, requiérase a los Servicios Sociales Penitenciarios del Centro Penitenciario de Santa Cruz de La Palma, a fin de que elaboren el Plan de Ejecución correspondiente, fijándose como lugar de cumplimiento dicho establecimiento penitenciario y con su resultado se acordará.

CAPÍTULO XVIII

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

93.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALICANTE DE FECHA 21/02/07

Aprobación de Plan de Ejecución (2 horas diarias cada jornada).

Que en fecha 1-2-2007 se recibe en este Juzgado documentación procedente de los Servicios Sociales Penitenciarios sobre propuesta de cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad relativa al interno E.M.A.N., a fin de interesar aprobación a efectos de coordinar lo necesario con la entidad que oferta el trabajo.

Que Junto a la propuesta de cumplimiento e informe social se ha remitido: escrito del Centro Penitenciario de Alicante ofertando el puesto de trabajo, conformidad del penado en la prestación del trabajo y copia de la sentencia.

Que habiéndose dado el traslado preceptivo al Ministerio Fiscal, este ha informado lo siguiente: " .. La referida propuesta prevé como duración de cada jornada de trabajo en beneficio de la comunidad la de dos horas. Tal duración escapa de los criterios y propuestas realizadas por Servicios Sociales hasta la fecha. A diferencia de lo que preveía el Real Decreto 690/96, que establecía que la duración mínima de cada jornada de trabajo era de cuatro horas diarias, pudiendo fraccionarse el cumplimiento de una jornada en dos o más días, el Real Decreto 515/05, en su artículo 6, no prevé ninguna duración mínima, limitándose a decir, al igual que el artículo 49 del Código Penal, que cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse, se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales, añadiendo en su número segundo, que la ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para hacer compatible,

en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurre una causa justificada, podrá autorizarse por el juez de vigilancia penitenciaria el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o diferentes días, Pese a ello, parece lógico establecer una mínima duración de la jornada con carácter general, sin perjuicio de que en virtud de las circunstancias personales y profesionales del penado, y de forma motivada, puede establecerse, por permitirlo la regulación actual, una duración de jornada inferior. Así parece exigirlo el propio significado del término "jornada", que difícilmente se colmaría con períodos de trabajo muy exiguos, y en tal sentido parece razonable la continuidad del plazo de cuatro horas que establecía el anterior Real Decreto y que ha venido siendo aplicado normalmente a la hora de hacer las propuestas. Por debajo de tal duración, se deberían fundamentar las causas en concreto, sin que sea válido acudir al argumento de la extensión de la pena a cumplir (que haría de mejor condición a los condenados a penas más largas), en principio salvable tal dificultad por el principio de flexibilidad en el cumplimiento previsto en el Real Decreto, ni tampoco acudir a la acumulación de condenas a ejecutar con la carga que lleva para Servicios Sociales, debiendo la Administración promover la creación de más plazas a cubrir por los penados. Ello aparece como fundamental para impedir tratamientos que a la postre puedan resultar discriminatorios. A modo de ejemplo, y con entrada de ese Juzgados de Vigilancia el 27-01-07, en el E. 233/07 se propone por servicios sociales el cumplimiento de unos trabajos en beneficio de la comunidad en el Ayuntamiento de Denia, con una jornada laboral de cuatro horas. Por todo lo anterior, se informa negativamente la propuesta, interesándose, a falta de justificación en concreto referida al penado, se amplíe la jornada laboral a un mínimo de cuatro horas, a cumplir con la flexibilidad que la legislación actual permite" máxime teniendo en cuenta que el penado puede hacer frente a una jornada de cuatro horas diarias,

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se establece en el artículo 40.4 de la Ley Orgánica 15/03 de 25 de noviembre, por la que se aprueba el vigente Código Penal, que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de 1 día a 1 año.

Por otra parte, se establece en el artículo 49 de la citada Ley sustantiva que:

"Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1ª. La Ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2ª. No atentará a la dignidad del penado

3ª. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4ª. Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social

5ª. No se supeditará al logro de intereses económicos"

En el presente caso, se opone el Ministerio Fiscal a la aprobación del plan de cumplimiento de Trabajos en Beneficio de la Comunidad propuesto por los Servicios Sociales Penitenciarios, por considerar que no puede establecerse con carácter generalizado una jornada de T.B.C. de dos horas como pretenden los Servicios Sociales. Pues bien, la función constitucional atribuida a los jueces y magistrados de juzgar y ejecutar lo juzgado se reduce en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a ejecutar lo juzgado en los supuestos establecidos en la Ley Orgánica General Penitenciaria y disposiciones posteriores.

En el presente caso, nos encontramos una pena cuya ejecución viene atribuida a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria hace escaso tiempo.

No le consta a esta juzgadora jurisprudencia al respecto que nos sirva de guía para el problema planteado. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de flexibilidad que preside la ejecución de esta pena, los obstáculos enormes que existen para conseguir la ejecución, falta de oferta de trabajo, dificultades personales, familiares, laborales etc., problemas de localización y citación del penado, comportamientos rebeldes al cumplimiento etc., considero que para cumplir con la función de ejecutar lo juzgado en este tipo de pena, debemos realizar un esfuerzo tanto el propio

penado como las administraciones implicadas en la ejecución. Los Servicios sociales plantean que se tenga por cumplida una jornada de TBC con dos horas de trabajo.

Es cierto como afirma el Ministerio Fiscal que se trata de una jornada exigua, pero también es cierto que no existe oferta suficiente y dado el elevado número de penas de TBC que se vienen imponiendo, el principio de flexibilidad cobra todo su vigor encaminado a conseguir el cumplimiento efectivo de la pena, puesto que ningún sentido tiene la celebración del juicio y la condena, si ésta última no se ejecuta en un tiempo razonable.

No está de acuerdo esta juzgadora en que se fijen jornadas de distinta duración según las circunstancias del penado como dispone el artículo 6.1º del Real Decreto 515/2005 de 6 de mayo puesto que con ello se quebranta por vía reglamentaria el principio de igualdad ante la ley. Si la jornada puede reducirse porque el penado tiene trabajo y cargas familiares, estamos beneficiando a quien ya tiene un bien muy preciado, y penalizando a aquel que desgraciadamente no consigue trabajar o no tiene familia etc... .

Considero que si no existe duración mínima de jornada regulada legalmente es porque así lo ha querido el legislador por lo que se nos brinda un amplio abanico de cumplimiento de una a ocho horas diarias. La duración de dos horas la considero prudente para facilitar la ejecución, pudiendo aquellos que no tienen trabajo realizar más de dos horas diarias computándosele como jornada cada cupo de dos horas trabajadas, consiguiendo con ello que exista igualdad ante la ley en el tiempo de cumplimiento de la pena y flexibilidad en el cumplimiento, distinguiendo entre los que tienen trabajo, que no resultan perjudicados con dos horas diarias de cumplimiento y quienes no lo tienen, que pueden ocupar su tiempo en trabajar más horas y extinguir antes su pena.

Dado que E.M.A.N. NIE X-30741.47-J ha sido condenado en Sentencia de fecha 7-7-2005 dictada por el Juzgado de Instrucción 1 de Alicante en Ejec. 315/05 del Juzgado de lo Penal 3 de Alicante a 114 jornadas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad, constando el consentimiento del penado, se trata de un trabajo facilitado por el Centro Penitenciario de Alicante, consistente en mantenimiento, jardinería y limpieza, y horario de 8 a 14 horas, el cual no atenta contra la dignidad del penado, ni se supedita al logro de intereses económicos, y se encuentra dentro de los límites legales establecidos en el artículo 40.4 y 49 del

vigente Código Penal, es por lo que procede aprobar la propuesta formulada por los Servicios Sociales Penitenciarios, quienes comunicarán a este Juzgado las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, especialmente a las que se hace referencia en el artículo 49.6 del vigente Código Penal.

Se Aprueba la propuesta formulada por los Servicios Sociales Penitenciarios de Alicante, referente al penado E.M.A.N. NIE X-3074147-J de 114 jornadas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad impuesta en Ejec. 315/05 del Juzgado de lo Penal 3 de Alicante, con fecha de inicio 19-2-2007 y finalización 11-4-2007 que se llevará a cabo en el Centro Penitenciario de Alicante como mantenimiento, jardinería y limpieza con una duración cada jornada de dos horas, con horario de 8 a 14 horas.

94.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 13/05/08

No procede suspensión de la pena, que deberá cumplirse tras tratamiento clínico.

El Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca remitió a este Juzgado, con fecha 18/04/08, testimonio de la sentencia dictada contra J. F. G. S., de 12/12/07, por la que se le condena a la pena de 46 días de Trabajos en beneficio de la comunidad y a ocho meses de privación y tenencia de porte de armas; así como testimonio de diversa documentación obrante en las diligencias, a los efectos del artículo 60 del Código Penal

Por providencia de fecha 25/05/08 se incoó por este Juzgado pieza de Suspensión de Ejecución de condena y se libraron sendos oficios al Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario de Salamanca y a la Clínica Forense.

Ambos oficios fueron debidamente atendidos dando traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido que obra en autos.

Dispone 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 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 trata 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 penado J.F.G.S. permanece ingresado en la Unidad de Rehabilitación psiquiátrica (Hospital los Montalvos) desde el día 14-04-08 para estabilización psicopatológica y entrenamiento en las habilidades cotidianas. Diagnosticado de trastorno límite de la personalidad, había presentado abuso de alcohol en las fechas previas al ingreso. El ingreso en curso, aún no tiene fecha prevista de alta. Así nos informa el médico-psiquiatra de dicha Unidad, en fecha 30/04/08.

Siguiendo lo informado por la médico-forense, en fecha 06/05/08, Juan Francisco padece un trastorno de personalidad con algún episodio psicótico. Abuso del alcohol que le acentúa su bajo control de los impulsos y su intolerancia a la frustración.

Dicho trastorno mental de personalidad tiene un carácter permanente con necesidad de tratamiento psicofarmacológico de continuo; no así el consumo de alcohol que puede llegar a abandonar.

Ahora bien, en el momento actual su trastorno mental no le impide el conocimiento del sentido de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, siendo plenamente consciente de los hechos cometidos y de su repercusión.

Dada su poca formación laboral y sus dolencias orgánicas, el penado está capacitado para realizar trabajos sencillos, siempre que no le supongan la exposición a polvo, alérgenos u otro tipo de sustancias perjudiciales para el asma bronquial que también padece. Dicho trabajo en beneficio de la comunidad podría realizarlo después del cumplimiento del tratamiento en la Unidad de Rehabilitación de los Montalvos, del que se vería muy beneficiado, para que adquiriera más habilidades sociales y se estabilice psicopatológicamente.

Resulta fundamental el cumplimiento de dicho tratamiento psicofarmacológico y el abandono del consumo de alcohol. En consecuencia, al no

tratarse de un trastorno mental que impida al penado conocer el sentido de la pena, no procede la suspensión en la ejecución; si bien antes habrá que esperar a que finalice el tratamiento psicofarmacológico, ya iniciado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación:

1.- No ha lugar a la aplicación del artículo 60 del Código Penal.

2.- El penado J.F.G.S., deberá cumplir la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad impuesta en sentencia, previa propuesta de cumplimiento y posterior aprobación judicial, estando capacitado para realizar trabajos sencillos que no le supongan perjuicio para su asma bronquial.

3.- Comenzará el cumplimiento de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, una vez finalizado el tratamiento iniciado en la Unidad de Rehabilitación de Los Montalvos.

CAPÍTULO XIX

OTROS ASUNTOS

95.- AUTO DE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 5 DE FECHA 10/10/08

Requisitos formales necesarios de la resoluciones administrativas dictadas por la Administración Penitenciaria.

Por autos de fechas 13/03/08 y 17/06/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid, inadmitían a trámite por extemporáneo el recurso de G.P.R.L., contra la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13/07/08 que acordaba su regresión a segundo grado de clasificación

Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra estas resoluciones y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló día para deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

Debe estimarse el recurso. La propia resolución recurrida hace referencia al artículo 58 de la ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. Ese artículo, como también el 89-3 de igual ley establecen los requisitos de las notificaciones de toda resolución administrativa, en las que deben constar los recursos que procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para hacerlo. El hecho de que la Ley o el Reglamento Penitenciario no prevean dicho plazo (artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, artículo 105-2 del Reglamento Penitenciario) no libera a la Administración de la obligación de fijarlo, acudiendo a las normas generales, por ejemplo al artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De no hacerse así, la consecuencia prevista en el citado artículo 58 es que la notificación surtirá

efecto "a partir del momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución... o interponga cualquier recurso que proceda". Este es el caso, en que el penado se da por notificado correctamente en el momento de interponer el recurso, es decir en el mismo momento en que se inicia el plazo, para recurrir. Debe pues admitirse el recurso a trámite, y resolverse por el Juez de Vigilancia con plena libertad de criterio sobre el fondo del asunto.

De conformidad con el sentido de esta resolución se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Vistos los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

En atención a todo lo expuesto la Sala dispone:

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por G.P.R.L., revocamos los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N. 2 de Madrid, y acordamos lo expuesto en el primer razonamiento jurídico de esta resolución; con declaración de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente recurso.

96.- AUTO DE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ DE FECHA 18/06/08

Desestimación de queja sobre recuentos: forma de practicarlos.

El recurso interpuesto por el interno en esta alzada contra el auto de la Juez de Vigilancia Penitenciaria desestimando la queja formulada por el interno contra la decisión de la Dirección del Centro Penitenciario Puerto III que disponía que los recuentos deben efectuarse de pie y con las manos a la vista ha de ser desestimado.

En efecto, los recuentos están regulados en el artículo 67 del Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/96 de 9 de febrero. Sistemáticamente está ubicado en la Sección Segunda del Capítulo 8º del Título II. Esto significa que se trata de una materia de seguridad interior dentro de los Establecimientos Penitenciarios. Dicho artículo 67 no regula la forma de efectuarse los recuentos. Simplemente establece que debe garantizarse la rapidez y fiabilidad en los recuentos ordinarios y extraor-

dinarios de control que se realicen. Lo que es claro es que trata de una medida que aunque tiene como finalidad inmediata la comprobación de la presencia del interno, no puede desvincularse de su marco operativo, la seguridad interior y el buen orden dentro del Establecimiento. Con este cometido es admisible una regulación específica más concreta de los recuentos aunque naturalmente con el límite de la Constitución y las Leyes –artículo 3.1 del Reglamento Penitenciario-, los derechos de los internos –artículo 3.2.- y dentro de los límites marcados por el artículo 4 para la actividad penitenciaria -respetar la personalidad de los internos y sus derechos e intereses legítimos no afectados por la condena, sin discriminación alguna por circunstancias personales, velar por su vida, integridad, salud, sin que deban ser sometidos a un rigor innecesario, preservando su dignidad, intimidad sin perjuicio de las medidas exigidas para la adecuada vida en prisión- derechos que tienen su contrapartida en los deberes de los internos-artículo 5-, entre ellos acatar las normas de régimen interior, colaborando activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del Centro.

Y más específicamente, el artículo 71 establece que las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad...

Con este marco normativo, fácilmente se concluye en la inconsistencia del recurso. El exigir a un interno que permanezca de pie y con las manos extendidas durante el recuento no afecta a su dignidad, integridad, intimidad, salud ni desde luego desmerece su personalidad ni ninguno de los derechos que tiene reconocidos en la Constitución y las Leyes. Y, por otra parte, no es defendible que se trate de una medida desproporcionada, en cuanto a la colaboración exigida a los internos, al fin pretendido de maximizar la seguridad interior del Centro como tampoco constituye, en un juicio abstracto de razonabilidad, una medida innecesaria pues facilita la labor de comprobación y, en sí misma, no supone merma alguna del descanso nocturno del interno ni limitación de otras actividades o perturbación de la distribución de horarios mínimos a que se refiere el artículo 77 del Reglamento Penitenciario.

El recurso se desestima.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por el letrado, en nombre y representación del interno L.M.V.M. contra el Auto de fecha 4 de marzo de 2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María en el Expediente nº443/07 y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad.

97.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 27/02/08

No admisión de queja por dilación indebida.

Con fecha 15 de febrero de 2008, se ha recibido un escrito en éste Juzgado del Procurador, en nombre del interno J.M.R.M., en el que formula queja por las dilaciones indebidas padecidas en la tramitación del presente procedimiento en el que se solicitó que se resolviera sobre una propuesta de redención. En concreto, según dicho escrito, la queja que se circunscribía a la actuación del Ministerio Fiscal, por haber invocado un inexplicable supuesto de abstención, por la intervención de un ciudadano absolutamente desconocido para la representación procesal y para la defensa de J.M.R.M.

De dicha queja se dio traslado al Ministerio Fiscal con fecha 18/02/2008, el cual ha emitido un dictamen con fecha 21/02/2008, en el que literalmente hace constar lo siguiente: "El Fiscal en relación a la queja de dilación indebida sobre tramitación de pieza de redención dice:

1) El día que se pasó a trámite de informe del tercer grado a favor de J.M.R.M. se preguntó por esta Fiscal por I.P.M. en relación a un expediente del Juzgado nº 1 que terminaba en 7, y cuyo despacho era urgente, por lo que su resolución le correspondía al Fiscal que estaba de permanencia al que se le remitió, dando por supuesto erróneamente que el citado letrado se refería al expediente de J.M.R.M.

Con posterioridad, en el mes de noviembre de 2007 dicho Letrado ha asumido la representación de la Fiscal informante en una causa en la que actúa como denunciante, por lo que basándose en los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, pidió la información sobre la relación

entre el despacho de I.P. y el letrado que firmaba el escrito a efectos de una presunta causa de abstención.

El informe sobre el asunto 225029 entró en Fiscalía el día 17/12/2007 y se despachó por esta Fiscal el día 19/12/2007, ignorándose puesto que es un tema que afecta a la secretaria de la Fiscalía y del Juzgado porque no tiene entrada en el Juzgado hasta el día 4/1/2008 (si bien coincide con el periodo vacacional de Navidad).

El Juzgado con fecha 8/1/2008, acuerda por providencia lo interesado por el Ministerio Fiscal, recibéndose la contestación del letrado el día 25/01/2008, en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y en el Juzgado Decano el 17/01/2008.

Se ignora el motivo por el que el Juzgado, sin duda por la carga de trabajo, no ha acordado dar traslado al Ministerio Fiscal hasta el 4/02/2008, asunto que tuvo entrada en Fiscalía el día 6/2/2008 y fue despachado por el Fiscal el día 7/02/2008.

Dado que no ha existido dilación indebida en el procedimiento por lo que se refiere a la Fiscalía en los plazos para el despacho del asunto y, que el solicitara que se concretara la posible relación entre los letrados, ajuicio de este Fiscal era absolutamente necesario y que en cualquier caso la diligencia por el fiscal se pidió el día 19/12/2007 y la resolución de la petición de redención del Juzgado es de fecha 15/02/2008, se estima la queja totalmente injustificada."

Según el Tribunal Constitucional, entre otras sentencias 38/1983, 119/1990 y 48/1991, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho fundamental de aplicación directa, dimanante de la configuración del plazo razonable en la positivación de los derechos humanos y en el concepto social de Estado, según aparece en los artículos 1.1, 9.1, 10.2, 53.1 y 117.1 de la Constitución. Esto produce como consecuencia, que ese derecho no necesita legislación de desarrollo para su efectiva aplicación y además su contenido esencial no puede ser limitado ni siquiera por Ley.

Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha ido perfilando los criterios objetivos que deben de tenerse en cuenta a la hora de decidir si existió o no una vulneración del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable. Esos criterios son los siguientes:

A) Valoración concreta del periodo de tiempo que tarde en ser resuelto el proceso.

B) Complejidad del asunto.

C) Comportamiento de la parte que promueve el procedimiento

D) Comportamiento de las autoridades judiciales

Estos criterios han sido utilizados por el Tribunal Constitucional, si bien el mismo también ha manejado en sus sentencias otras circunstancias tales como:

- Duración de procesos similares (Sentencias 215/1992 y 69/1993 entre otras)

- Consideración de los medios disponibles (sentencia 10/1991)

Con la utilización de esos criterios se está en condiciones de poder valorar si ha existido una "dilación indebida" o si estamos ante un proceso resuelto en "un plazo razonable", ya que estos dos términos, son conceptos jurídicos indeterminados o abiertos, que han de ser llenados de contenido caso por caso.

A la vista de cuanto se acaba de exponer, es inevitable comenzar afirmando que no es admisible para una Administración de Justicia del Siglo XXI, tardar casi 8 meses en decidir si a un condenado le es aplicable o no unos días de redención por un periodo de privación de libertad en el que permaneció con anterioridad.

Ahora bien teniendo en cuenta "los medios disponibles" (Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1991) con los que cuenta éste órgano jurisdiccional, el ciudadano que ha presentado la queja, una vez que conozca los medios con los que cuenta éste Juzgado, podrá llegar a comprender que en la actuación del Ministerio Fiscal y de éste Juzgado no se ha producido ninguna dilación, pues sus decisiones se produjeron siempre dentro de plazos razonables.

Los medios técnicos con los que cuenta este órgano judicial para llevar a la práctica su función jurisdiccional, poco o nada tienen que ver con los avances tecnológicos que hoy en día existen.

Las comunicaciones entre éste Juzgado y el Centro Penitenciario Madrid II, se realizan de forma habitual, mediante el correo tradicional, y excepcionalmente mediante la utilización de fax. En el procedimiento que afecta al Sr. R.M., debe señalarse que una comunicación de éste Juzgado que salió el 5 de septiembre de 2007, llegó al Centro Penitenciario Madrid II el 13 de septiembre de 2007.

En cuanto a las comunicaciones entre el Procurador y éste Juzgado hay que hacer constar que las notificaciones de las resoluciones que dictó éste órgano judicial se realizaron al citado Procurador pasados 8 ó 9 días desde la fecha en que se dictaron. De igual forma los escritos que presentó el referido Procurador en el Registro de Entrada de Escritos, no llegaron a este Juzgado hasta 8 ó 9 días después.

Todo ello debido a que la sede de éste Juzgado no se encuentra en el edificio de los Juzgados de Plaza de Castilla, que es el lugar en el que tiene su sede el Registro de Entrada de escritos.

A todo ello hay que unir que éste Juzgado y los otros 4 Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de la Comunidad de Madrid, son posiblemente los únicos juzgados de España que carecen de un programa informático de gestión y tramitación de procedimientos, lo cual retrasa de manera considerable el trabajo que se efectúa en la oficina judicial, ya que los equipos informáticos con los que cuenta, son utilizados como las antiguas máquinas de escribir y cada actuación judicial que se realiza tiene que ser introducida de manera expresa en el programa informático estadístico, que ha facilitado la Comunidad de Madrid.

Estos son los medios disponibles con los que cuenta éste Juzgado para dar respuesta a las pretensiones de 3.028 internos que es el número de presos que durante el mes de enero de 2008 se encontraban en los Centros Penitenciarios Madrid II , Madrid III y en el CIS Victoria Kent, los cuales dependen de éste Juzgado. El número de internos que el Consejo General del Poder Judicial recomienda para un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es de (1.000 internos). Gracias al plan de refuerzo que hace 4 años aprobaron el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, y que en la actualidad se mantiene, es posible ir dando respuesta, en plazos razonables, a las pretensiones que envían esos 3.028 internos, número que como puede observarse se aleja de manera considerable del módulo de internos (1.000) que fijó el Consejo General del Poder Judicial para esta clase de juzgados.

A la vista de cuanto se acaba de indicar y teniendo en cuenta las razones expuestas por el Ministerio Fiscal en su informe de 21/2/2008, no es posible admitir que en este caso se produjeron dilaciones indebidas, pues la actuación del citado Ministerio Público y de éste Juzgado se ajustaron en todo momento a los medios disponibles.

Dijo:

No ha lugar a declarar que en el presente procedimiento se produjeran dilaciones indebidas.

98.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MURCIA DE FECHA 12/12/08

Estimación de queja sobre autorización tenencia de baraja de cartas.

Las presentes actuaciones arriba reverenciadas se incoaron en virtud de recurso de queja formulado por el interno T.P.M., articulado sobre la base de las alegaciones contenidas en su escrito de 19-09-07, que aquí se da por reproducido y mediante el que pretende se le autorice la entrada de una baraja de cartas.

Por providencias de 20-09, 10-12-07 y 28-01, 06-05, 01-07- y 19-09-08 se recabó del Centro Penitenciario diversa información documental y se mandó conferir traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, evacuándolo por informe en el que interesa la desestimación de la queja formulada quedando las actuaciones sobre la mesa de la proveyente para resolver.

Dispone el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que "el Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse".

En resolución a la cuestión planteada, hemos de tener presente que ni en el catálogo de objetos prohibidos establecido por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria ni en las normas de régimen interno en la materia que rigen en el Establecimiento Penitenciario de Murcia, las barajas de cartas se encuentran prohibidas; asimismo no se evidencia que dichos objetos sean, per se, potencialmente peligrosos o susceptibles de alterar la normal convivencia en el seno del establecimiento penitenciario.

En el caso de autos, pretende el interno la entrada, para el uso lúdico que le es propio (pues no otra cosa se ha demostrado por la Administración que le ha denegado su petición), de una baraja de cartas.

Frente a dicha solicitud la Administración Penitenciaria argumenta, en justificación de su negativa, que los juegos de naipes están prohibidos según el listado de objetos prohibidos de que tiene conocimiento este Juzgado.

Pues bien, el hecho de que los juegos de naipes no figuran incluidos en la relación o catálogo de objetos prohibidos y no evidenciándose que el interno pretenda hacer uso de la baraja de cartas con fines torticeros, fundamenta que se estime la queja origen de los presentes autos.

En definitiva, la razón esgrimida por el Establecimiento Penitenciario cede ante el mayor peso del derecho del recluso, de ahí que proceda autorizar la entrada de una baraja de cartas, sin perjuicio, también, de que en caso de evidenciarse un uso torticero de la misma, le sea retirada en debida forma por el Centro Penitenciario.

Por S.S^a se acuerda: Estimar la queja deducida por el interno T.P.M. y, en su virtud, se autoriza al mismo la tenencia en el interior del Centro Penitenciario de una baraja de cartas que le podrá facilitar su familia o bien adquirir a través del servicio de demandaduría, y ello sin perjuicio de la facultad inspectora de la Administración Penitenciaria, y sin perjuicio, también, de que en caso de evidenciarse un uso torticero de la misma, le sea retirada en debida forma por el Centro Penitenciario.

99.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 14/05/08

Desestimación de queja por no autorizar entrada de videoconsola.

En este Juzgado se tramita expediente número 1599/08-S en virtud de escrito remitido por el interno I.L.C. del Centro Penitenciario de Teixeiro, interponiendo una queja por no autorizarle la entrada de una videoconsola. Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe, solicitando la desestimación del recurso.

En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece que Juez de Vigilancia tiene competencia para acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación al régimen y al tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

A la vista de los datos resultantes de los distintos informes que obran en las diligencias, procede desestimar la queja formulada por el interno pues no constan las características de la videoconsola cuyo disfrute solicita. No se acredita que el modelo concreto que pide lleve incorporado o permita la incorporación de módem interno y, en consecuencia el riesgo de conectarse a redes exteriores. En todo caso siendo de nueva generación podría posibilitar su manipulación y proporcionar contactos del interno con el mundo exterior con el consiguiente quebranto de ía seguridad por lo que se desaconseja su introducción. Además todas las videoconsolas son portátiles y lo que las diferencia es el tipo de accesorios, siendo autorizadas por este Juzgado exclusivamente el modelo Play Station Uno.

Acuerdo: Desestimar la queja formulada por el interno I.L.C., al no vulnerar los derechos fundamentales ni los derechos o beneficios penitenciarios de dicho interno.

100.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 09/12/08

Desestimación queja de autorización de tarjeta de memoria y de segundo mando para videoconsola.

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.F.G.E. del Centro Penitenciario formulando queja sobre denegación tarjeta de memoria y de segundo mando para videoconsola.

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la desestimación de la misma.

El artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proce-

da sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

En el presente caso, la petición formulada por el interno relativa a la autorización de la tarjeta de memoria para la video-consola debe ser desestimada, teniendo en cuenta que su utilidad práctica (reservar una partida realizada por el jugador para poder continuarla en el punto en que se dejó, sin tener que iniciar nuevamente el juego) no resulta necesaria para el fin lúdico de la video-consola, de manera que, no siendo estrictamente necesaria, no debe ser autorizada por razones de organización y buen orden del Centro, para evitar actos de comercio ilícito con ella y no sobrecargar aún más la labor de control de la Administración.

Igual suerte desestimatoria debe correr la petición de autorización de un segundo mando para la videoconsola, puesto que la posesión del aparato lo es para uso individual del interno y la concesión de un segundo mando daría lugar a disputas de partidas que podrían producir un perjuicio para el orden y buen funcionamiento del Centro.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se desestima la queja del interno J.F.G.E. del Centro Penitenciario Ocaña I.

101.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 30/10/08

Desestimación de queja sobre la adquisición de productos de charcutería de carne musulmana.

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno D.B., sobre la adquisición de productos de charcutería de carne musulmana.

Se han recabado informes del Centro Penitenciario donde se encuentra acerca de dicha queja.

Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda

experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

De la documentación obrante en este procedimiento, se desprende que los únicos productos alimenticios que no se adquieren por el servicio de demandaduría son aquellos que necesitan refrigeración para su conservación, sin hacer distinción entre productos más usados por internos musulmanes que por otros internos, por lo que se deduce que la actuación de la Administración Penitenciaria ha sido correcta, no objetivándose abuso de poder o desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria y en consecuencia, tampoco vulneración alguna de los derechos fundamentales del interno.

Se desestima la queja del interno D.B.

102.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 23/09/08

Queja desestimada en relación a no proporcionar postre en la cena.

El artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

En el presente caso el interno formula queja porque, según manifiesta, en la cena del día 11 de agosto de 2008 no se proporcionó a los internos postre. Según se desprende de la documentación obrante en el expedien-

te, en el menú de la fecha mencionada aparece como postre de la cena "fruta o vaso de leche", habiendo informado el administrador del Centro que todos los internos recibieron un vaso de leche, por lo que la queja del interno carece de fundamento y debe ser desestimada.

103.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 23/09/08

Queja desestimada en relación a no proporcionar leche desnatada.

En el presente caso el interno formula queja porque, según manifiesta, no se le proporciona leche desnatada.

El artículo 226 del Reglamento Penitenciario dispone que en todos los Centros Penitenciarios se proporcionará a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres, y en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas. La alimentación de los enfermos se someterá al control facultativo.

El Centro Penitenciario ha informado que a todos los internos se les proporciona diariamente leche en el desayuno y también prácticamente a diario en la cena, pudiendo solicitar los reclusos leche normal o desnatada. Igualmente, durante los meses de invierno, los internos pueden comprar leche (desnatada o normal) en el economato, adquisición que no se permite durante los meses en los que hace calor por cuestiones de conservación, ya que los reclusos no disponen de neveras. Así pues, por lo anterior, se entiende que las necesidades de leche de los internos están suficientemente atendidas en la dieta proporcionada por el Centro Penitenciario, procediendo la desestimación de la queja.

104.- AUTO DE DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 28/10/08

Desestimación de queja por negativa del Centro Penitenciario a proporcionar a interno papel de fumar a través de demandadero.

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno de referencia, sobre la negativa del Centro Penitenciario a proporcionarle papel de fumar a través de demandadero.

Se han recabado informes del Centro Penitenciario donde se encuentra acerca de dicha queja.

Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

La petición del interno relativa a la adquisición de papel de fumar por demandadero no puede prosperar, considerando que su utilización va destinada para fumar haschis y no el tabaco normal; asimismo, el interno puede comprar tabaco de picadura y fumarlo en pipa "cachimba", con lo que su economía no se resienta.

Se desestima la queja del interno J.A.G.G.

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Vulneración al derecho fundamental a la libertad personal por prisión provisional a causa de modificación de la fianza impuesta: § 1

Vulneración del derecho a la libertad personal por inadmisión "ad limine" del habeas corpus: § 3

Vulneración del derecho a la libertad personal por resolución judicial de internamiento: § 2

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Concurso de delitos: § 6

Inexistencia de agravante de reincidencia. Quebrantamiento de condena y prescripción de delitos. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado: § 4

Prescripción de delitos: § 5

Tráfico de drogas. Evaluación de la cantidad de notoria importancia: § 7

ACUMULACIÓN DE PENAS

Aplicación "Doctrina Parot": § 10

Doctrina Parot. La aplicación de esta doctrina hace que sea más favorable al reo el cumplimiento según el nuevo Código Penal: § 9

Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Doctrina Parot: § 8

BENEFICIOS

No procede redención en el periodo de libertad condicional: § 11

Se desestima recurso relativo a baja en redención ordinaria al no haber prueba en segunda instancia: § 12

CLASIFICACIÓN

Continuidad en 2º grado. Improcedencia de expulsión ex artículo 89 del Código Penal: § 18

Desestimación de recurso contra ratificación en 2º grado y no progresión a 3º ex artículo 104.4: § 20

Estimación de progresión a tercer grado por concurrir circunstancias favorables: § 13

Estimación de recurso contra acuerdo de clasificación en primer grado, dejándolo en segundo: § 17

Estimación de recurso de alzada contra acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y progresión a 3º grado: § 14

Se desestima recurso contra regresión a 2º grado: § 19

Se estima recurso de clasificación en 3º grado artículo 104.4 con medios telemáticos: § 15

Se estima recurso de clasificación en 3º grado artículo 83, con aplicación de medios telemáticos: § 16

Se inadmite la progresión a tercer grado, ex artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario: § 21

COMUNICACIONES

Desestimación de queja de admitir a una amiga en comunicación familiar: § 22

Desestimación de queja por falta de acreditación de la condición "allegado" por el interno que solicita comunicar con él: § 27

Desestimación de queja sobre comunicaciones orales: § 31

Estimación de queja para que las comunicaciones de convivencia tengan periodicidad mensual: § 30

Estimación parcial de queja por suspensión de comunicaciones, rebajándola a 4 meses: § 29

Necesidad de motivar las restricciones de forma individualizada: § 25

Se desestima comunicación convivencial por masificación del Centro Penitenciario: § 24

Se desestima queja por horario de celebración de comunicaciones íntimas: § 23

Se estima que pueda tener comunicaciones, familiares con sus dos esposas con una separación temporal mínima: § 26

Se estima queja autorizando comunicaciones vis a vis íntimas con compañera con quien reanuda relación: § 28

DERECHOS

A la entrega al interno de las normas de régimen penitenciario y otras: § 36

Derecho de información de los internos sobre su situación procesal y penitenciaria y protocolo de personalidad: § 33

Se deniega derecho a información sobre datos del protocolo: § 32

Se desestima queja por cacheo de celda sin estar presente la interna: § 34

Se estima parcialmente queja por vulneración del derecho a la intimidad del interno en cacheo: § 35

EXPULSIÓN

Resolución Administrativa de expulsión. Se estima el recurso contencioso-administrativo contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo que revocaba la resolución administrativa de expulsión: § 37

Sustitución de pena por expulsión. No procedencia por razones de fondo y orden público: § 38

FIES

Desestimación queja sobre legalidad del fichero: § 39

JUEZ VIGILANCIA

Estimación queja por denegación de audiencia anteriormetne concedida: § 40

Se desestima que la oficina de régimen deba entregar copia de las sentencias condenatorias: § 42

Se desestima queja sobre refundición habiendo causas pendientes: § 41

Se desestiman quejas de licenciamiento definitivo y falta de trabajo remunerado: § 43

LIBERTAD CONDICIONAL

Abono periodo desde auto de revocación hasta su firmeza: § 47

Denegación de la libertad condicional por no concurrencia de requisitos: § 46

Revocación por incumplimiento de las 3/4 partes al sobrevenir nueva causa penada: § 48

Se deja sin efecto por incidencias negativas: § 51

Se deja sin efecto por prisión preventiva decretada antes de haber sido hecha efectiva aquella: § 50

Se desestima el recurso por considerar procedente el decreto de expulsión al liberado: § 45

Se estima recurso de reforma concediendo la libertad condicional a un extranjero indocumentado con expediente administrativo de expulsión: § 44

Suspensión por llegada de nueva causa: § 49

PERMISOS

Denegación de permisos por causas penales pendientes de sustanciar: § 64

Denegación de propuesta de permiso formulada por Junta de Tratamiento por involución en trayectoria de interno: § 67

Desestimación por riesgo de quebrantamiento de condena y de reincidencia delictiva: § 59

Desestimación queja de autorización del primer permiso: § 73

Estimación de recurso de apelación contra auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegatorio de permiso: § 57

Estimación por concurrencia de requisitos favorables: § 54

Estimación por mantenimiento circunstancias favorables y trascurso de un año desde incidencia negativa: § 55

Estimación por proximidad al cumplimiento de las 3/4 partes: § 56

Estimación recurso del Ministerio Fiscal por ser prematura la concesión del permiso: § 65

No admisión de disfrute de días no concedidos en anualidad anterior, que excedan del límite del cupo permitido en el año en curso: § 72

No se autoriza por altísimo riesgo de quebrantamiento: § 71

No se autoriza por alto riesgo de quebrantamiento: § 69

No se autoriza por causa penal pendiente: § 68

No se autoriza por juicio pendiente: § 70

Se concede por ausencia de prueba de riesgo elevado de mal uso: § 52

Se desestima por alto riesgo y lejanía de la fecha de cumplimiento: § 62

Se desestima por consumo de cocaína durante el último permiso disfrutado: § 60

Se desestima por lejanía de las 3/4 partes: § 61

Se desestima recurso de no concesión por la lejanía de las fechas de cumplimiento: § 63

Se estima por cercanía a las 3/4 partes: § 53

Se estima por interpretación divergente de requisitos subjetivos: § 58

Se estima queja por no trasladar a un interno, a quien se le había concedido un permiso extraordinario, al entierro de su madre: § 66

Suspensión de permisos: extranjero con expediente de expulsión iniciado. Arraigo: § 74

PRISIÓN PROVISIONAL

Desestimación por existencia de circunstancias que aconsejan el mantenimiento de la medida cautelar: § 77

Estimación de queja de cumplimiento simultáneo de prisión preventiva con causa penada con causa penada en virtud de Sentencia del Tribunal Constitucional: § 76

Posibilidad de abono de prisión provisional de forma simultánea al cumplimiento de causa penada: § 75

Se desestima queja de descontar días de internamiento en CIE del cumplimiento de la condena: § 78

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Estimación en parte de recurso por calificación como falta grave en vez de muy grave: § 83

Estimación en parte del recurso por calificación como falta leve en vez de falta grave: § 82

Inexistencia de falta (artículo 109-b) de desobediencia: § 87

Nulidad de procedimiento disciplinario que omite el trámite de puesta de manifiesto, de conformidad con la Instrucción 1/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: § 88

Revocación de sanción por falta de acreditación de los hechos: § 86

Revocación de sanción tras participación de los internos implicados en un proceso de mediación: § 85

Se desestima por considerar correctamente calificados los hechos sancionados: § 79

Se estima parcialmente al calificar como leve una sanción considerada grave: § 80

Se estima parcialmente al calificar como leve una sanción considerada grave: § 81

Se estima recurso de queja y se elimina expediente disciplinario por registrar celda sin la presencia del interno: § 84

SANITARIA

Desestimación de recurso de reinstauración de tratamiento médico: § 89

TRASLADOS

Estimación parcial proponiendo al Centro Directivo anulación de traslado por motivos de vinculación familiar y de salud del interno: § 90

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Aprobación de Plan de Ejecución (2 horas diarias cada jornada): § 91

No procede suspensión de la pena, que deberá cumplirse tras tratamiento clínico: § 92

LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Autorización de cumplimiento simultáneo con pena de prisión: § 93

Cumplimiento simultáneo con pena de prisión: § 94

OTROS

Desestimación de queja por negativa del Centro Penitenciario a proporcionar a interno papel de fumar a través de demandadero: § 104

Desestimación de queja por no autorizar entrada de videoconsola: § 99

Desestimación de queja sobre la adquisición de productos de charcutería de carne musulmana: § 101

Desestimación de queja sobre recuentos: forma de practicarlo: § 96

Desestimación queja de autorización de tarjeta de memoria y de segundo mando para videoconsola: § 100

Estimación de queja sobre autorización tenencia de baraja de cartas: § 98

No admisión de queja por dilación indebida: § 97

Queja desestimada en relación a no proporcionar leche desnatada: § 103

Queja desestimada en relación a no proporcionar postre en la cena: § 102

Requisitos formales necesarios de la resoluciones administrativas dictadas por la Administración Penitenciaria: § 95

