

# JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2009



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL  
DE INSTITUCIONES  
PENITENCIARIAS



**JURISPRUDENCIA  
PENITENCIARIA  
2009**



# **JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2009**

I.<sup>a</sup> edición  
Noviembre 2010



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:

Angel Lara Ronda  
Coordinador Técnico

Elaboración y Comentarios:

Isabel Luengo Borrero  
Jurista

Tratamiento Informático:

Vicente Fernández Fernández  
Jefe de Sección

Catálogo general de publicaciones oficiales

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

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica

N.I.P.O.: 000-00-000-0  
Depósito Legal: M-0000-2010

---

Imprime: Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario  
y Formación para el Empleo

# **PRÓLOGO**





Las prisiones siguen siendo "males necesarios" en nuestra sociedad. Aunque es cierto que desde mediados del siglo XX hemos recorrido un largo camino en la búsqueda de soluciones alternativas al encierro, sanciones comunitarias hoy generalizadas en muchos países y a las que nuestro país se ha incorporado también con gran celeridad, es lo cierto que la prisión sigue siendo hoy un recurso insustituible en aquellas infracciones penales graves o alarmantes.

Vivimos una época de perfiles inciertos. La sensación de inseguridad de los ciudadanos ha aumentado y con ello las demandas de seguridad. Más seguridad se ha identificado en los últimos tiempos con más penalización de las conductas y, en buena medida, con más recurso a la prisión. Encontrar el adecuado equilibrio entre libertad y seguridad es una cuestión necesaria para dimensionar la prisión en sus justos límites.

El libro de "Jurisprudencia Penitenciaria" que anualmente publicamos recoge los pronunciamientos más significativos del control judicial de esta gestión durante el año. Hacemos públicos, por tanto, los extremos en los que nuestros jueces y tribunales ratifican, matizan o anulan nuestras actuaciones como Administración. Los límites de la gestión penitenciaria. Hasta donde puede llegarse en casos justificados y de donde no puede pasarse en ningún caso.

Determinados límites resultan inamovibles. Otros son difusos y son objeto de resoluciones judiciales contradictorias coetáneamente. Porque la Jurisprudencia Penitenciaria, al igual que la Gestión Penitenciaria, son realidades vivas en constante adaptación.

Ello es así porque también la actividad delictiva, producto de la sociedad, cambia y permanece. Cada sociedad adapta su respuesta de la forma que cree conveniente en función, desde luego, de sus intereses y valores dominantes. Así, desde que conocemos sociedades organizadas ha habido lugares de encierro; lo que cambia es su finalidad, concepción y funcio-

namiento poniendo de manifiesto, dicho sea de paso, valores fundamentales de las mismas.

A lo largo de los últimos años las reformas penales, al menos desde la percepción penitenciaria, han producido una sobre-utilización de la pena de privación de libertad con el consiguiente incremento de la población penitenciaria, últimamente atemperado. Sin embargo hay que recordar una vez más que aunque la Ley es fuerte, los conflictos de la realidad social que subyace a la delincuencia lo son más y que su solución ha de abordarse prioritariamente en su origen con medidas preventivas y sociales y no exacerbando las respuestas punitivas ante los mismos, más allá de sus límites necesarios. Sabemos que, tras buena parte de los delitos, existen problemas sociales, de marginalidad, de drogas, de enfermedad mental, de educación, de modelos de relaciones entre hombres y mujeres etc... que requieren ser abordados. La seguridad pública es también prevención del delito, tratamiento de quien lo ha cometido y reinserción. En este compromiso con la realización de políticas de seguridad apoyadas en políticas de reinserción social que permitan el retorno a la sociedad de las personas presas en condiciones de llevar una vida social útil y alejada del delito, desarrolla su gestión la institución penitenciaria. El control judicial de esta gestión permite garantizar a la sociedad que estos objetivos son adecuadamente cumplidos.

La publicación de la jurisprudencia penitenciaria, además de mostrar con transparencia democrática las dificultades y posibles errores de nuestra Administración, facilita su estudio y aplicación de consecuencias por nuestros funcionarios y órganos de gestión. Al mismo tiempo puede orientar a los operadores del Derecho Penitenciario y a los estudiosos de estas materias. A estos efectos se incluyen también pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre extremos de la aplicación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en Administraciones Penitenciarias europeas.

Esta recopilación, correspondiente al año 2009, incorpora nuevos textos judiciales al cuerpo doctrinal interpretativo de nuestra legislación y realidad penitenciarias y debe constituir una herramienta de trabajo para mejor aplicación práctica, interpretación, consulta y estudio de la materia. Su objetivo primordial es su utilidad inmediata para la gestión penitenciaria. Comienza con una valoración técnica -denominada "Comentarios"-

de la jurista de la Central Penitenciaria de Observación que ha seleccionado las resoluciones judiciales que se publican.

Como otros años me es grato manifestar mi agradecimiento a cuantos han colaborado y hecho posible esta nueva edición de "Jurisprudencia Penitenciaria", con especial referencia a los Centros Penitenciarios (Directores y funcionarios implicados) que nos han remitido las resoluciones judiciales, a la Central Penitenciaria de Observación (Jurista y funcionario responsable del tratamiento informático de la obra) y al Organismo Autónomo "Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo", encargado de la impresión, y confirmar el compromiso de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias con la publicación de esta obra, de interés para operadores jurídicos y personas que profesional o voluntariamente actúan en los establecimientos penitenciarios.

Madrid, veintidós de diciembre de 2010

Fdo.: Mercedes Gallizo Llamas

Secretaria General de Instituciones Penitenciarias



# SUMARIO



## SUMARIO

### *Página*

Prólogo .....	7
Sumario .....	13
Comentarios .....	17
Capítulo I: Acumulación .....	31
Capítulo II: Beneficios .....	37
Capítulo III: Clasificación .....	63
Capítulo IV: Comunicaciones .....	113
Capítulo V: Derechos .....	165
Capítulo VI: Extranjeros .....	251
Capítulo VII: FIES .....	291
Capítulo VIII: Juez de Vigilancia Penitenciaria .....	317
Capítulo IX: Libertad condicional .....	329
Capítulo X: Limitaciones regimentales .....	347
Capítulo XI: Localización permanente .....	357
Capítulo XII: Medidas de seguridad .....	367
Capítulo XIII: Permisos .....	375
Capítulo XIV: Prisión provisional .....	427
Capítulo XV: Quebrantamiento de condena .....	459
Capítulo XVI: Régimen disciplinario .....	479
Capítulo XVII: Seguridad establecimiento .....	545
Capítulo XVIII: Trabajo en beneficio de la comunidad .....	559
Capítulo XIX: Traslados .....	575
Capítulo XX: Otros asuntos .....	583
Índice analítico: .....	607





# **COMENTARIOS**



## **ACUMULACIÓN DE PENAS**

Recogemos en este capítulo una única resolución en la que a propósito de la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero de 2006, “no se considera aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el artículo 25.1 de la Constitución Española reserva a la legislación y el del artículo 9.3 a disposiciones judiciales o reglamentarias”. Declara que “no hay nueva liquidación de penas que vulnere la intangibilidad de las resoluciones judiciales sino una forma de cumplimiento de las mismas con arreglo a la doctrina fijada en la sentencia 197/06”.

## **BENEFICIOS**

Destacamos en primer lugar, una sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de febrero de 2009, que otorga el amparo, promovido por el recurrente frente a las resoluciones que aprobaban su baja en redención legal, al entender que la fundamentación del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimaba el recurso de apelación, no cumple la exigencia constitucional de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que han de resolver cuestiones en las que se encuentra afectado el derecho fundamental a la libertad personal .

Por otra parte, recogemos un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Murcia, en materia de redención extraordinaria, que acoge el cambio de criterio de la Junta de Tratamiento, que considera que “las especiales circunstancias de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo no pueden entenderse fuera de un extraordinario esfuerzo rehabili-

tador directamente relacionado con la actividad delictiva sin que el resto de actividades que se desarrollen puedan o deban dar lugar a propuestas de redención extraordinaria, todo lo más a premios o recompensas”.

En cuanto a la tramitación de indulto del artículo 206 del Reglamento Penitenciario, destacamos dos resoluciones; un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga, que desestima la pretensión de tramitación por no participación en programas de reeducación y reinserción programados para delitos contra la salud pública, y otro, un Auto de la Audiencia Provincial de Soria que desestima la petición de tramitación de indulto al no haber propuesta previa de la Junta, conceptuando esta vía privilegiada como “una potestad de la Junta y no un derecho del interno”.

Por último, un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra que concede el adelantamiento de la libertad condicional sin previa propuesta de la Junta de Tratamiento.

## CLASIFICACIÓN

Siguiendo el esquema utilizado en anteriores ediciones agrupamos las resoluciones según contengan criterios de progresión a tercer grado, en sus distintas modalidades, y de mantenimiento en segundo grado, y aquellas otras en las que se aplica el principio de flexibilidad.

Destacamos, entre las primeras, dos resoluciones; un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 3 y otro del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, en los que se acuerda la progresión a tercer grado pese a la no satisfacción de la responsabilidad civil, cuestionándose el primero la aplicación retroactiva de dicho requisito, y no considerándolo el segundo obstáculo a la progresión, cuando “ha resultado acreditado el pertinente compromiso de pago firmado por el interno conforme a su capacidad económica actual”.

En relación a la modalidad del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, entre otras recogemos un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 1, que a raíz de tener conocimiento de la ubicación de nueve internos en tercer grado en el módulo de ingresos, inicia

la queja de oficio y acuerda la modalidad de vida del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario para uno de ellos.

Por último recogemos varios supuestos de aplicación del principio de flexibilidad así; en atención “a los factores favorables concurrentes pero careciendo de arraigo social y profesional en nuestro país”, “para proceder gradualmente a la progresión a tercer grado dada la gravedad del delito”, entre otros. Destacamos, entre todos, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 1, que acuerda su aplicación a un extranjero, equiparando la clasificación en 2º grado flexibilizado por el artículo 100.2 a la clasificación en tercer grado, a los efectos de darle validez de autorización administrativa para trabajar, prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005.

## **COMUNICACIONES**

Comenzamos este capítulo con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de junio de 2009, caso Szuluk contra Reino Unido, en que declara la violación del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el control de la correspondencia del interno con su médico especialista en el exterior.

Recogemos a continuación resoluciones variadas sobre los diferentes tipos de comunicaciones; destacando entre ellas, las que se ven afectadas por la existencia de una prohibición establecida en sentencia. Así el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra de 13 de febrero de 2009 que “autoriza las comunicaciones del interno con su esposa, pues establecidas por voluntad de ésta no se entienden incumplimiento de la sentencia,..., es decir: el penado no quebranta cuando se trata de comunicaciones establecidas por el destinatario de la protección”. Frente a dicho Auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria que entre otras alegaciones, señala que “los responsables del centro penitenciario podrían estar colaborando en la posible perpetración de un delito de quebrantamiento de condena...”, y añade “en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala segunda del tribunal supremo de fecha de 25 de noviembre de 2008 se adoptó el criterio de que

el consentimiento de la mujer víctima de maltrato no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal”. Finalmente la Audiencia Provincial de Lugo por Auto 10 de noviembre de 2009 estima la apelación interpuesta por el fiscal.

## **DERECHOS**

Destacamos varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la violación de diferentes artículos del convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

En primer lugar, del artículo 3 del Convenio, en la Sentencia 132/2009, de 1/12/09, por las condiciones en las que estuvo encarcelado el demandante, a quien se aplica el régimen penitenciario especial previsto en la legislación penitenciaria italiana, estimando el Tribunal que “no puede concluir que la aplicación prolongada del régimen especial penitenciario causó al demandante efectos psíquicos o mentales que caigan en el ámbito del artículo 3 del Convenio”, pero, en cambio, si estima que ha habido violación del artículo 8, por el control de su correspondencia, ya que “no estaba previsto por la ley, en la medida en que no regulaba ni la duración de las medidas de control de la correspondencia de los presos, ni los motivos que podían justificarlo, y no indicaba con demasiada claridad el alcance y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades competentes en el ámbito considerado”. De igual modo se declara la violación del artículo 8 del Convenio, en la Sentencia de 20/01/09, por la negativa al demandante del permiso para asistir al funeral de su padre.

Recogemos por su interés jurídico penal, aunque no estrictamente penitenciario, la recaída en un caso contra España, en la que se declara violación del artículo 6.1 del Convenio, por dilaciones indebidas, “la duración del proceso, que se quedó en la fase de instrucción, fue de trece años y cerca de seis meses”. Y la Sentencia 144/2009, de 17 de diciembre, en el caso de un ciudadano francés por la incorporación de sus datos personales en un registro de condenados por delitos sexuales, el Fichero judicial Nacional Automatizado de Autores de delitos sexuales (FIJAIS), tras haber cumplido ya la pena, estimando que “ la inscripción en el FIJAIS, tal y como ha sido aplicada al demandante, mantiene un equilibrio justo

entre los intereses privados y públicos concurrentes y que el Estado demandado (Francia) no ha excedido el margen de apreciación aceptable en la materia.

Nuevamente nos encontramos con resoluciones relativas a obtener copias de los informes, destacando el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 31/03/09 que estima la queja, debiendo entregarse al interno copia de los informes psicológico y educativo, así como el programa individualizado de tratamiento, “no concurren razones de seguridad ni de otra índole, y no estando prohibida por la ley la facilitación de dichos informes, ni aconsejarlo tampoco razones de interés público”. Y el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Madrid nº 3 que desestima la queja del interno sobre denegación de entrega de informes de personalidad invocando el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria “los internos sólo tienen derecho a ser informados de su situación procesal y penitenciaria, pero no del protocolo de personalidad”.

Por último recogemos el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 Madrid que invalida la técnica de detección de tóxicos por sudor mediante parches “por no reunir las más mínimas garantías”, no reúne dicha técnica los requisitos para tener valor legal.

## **EXTRANJEROS**

Constituyendo la regularización administrativa de los extranjeros una cuestión íntimamente relacionada con las posibilidades de reinserción social positiva en nuestro país y, dada la incidencia, manifestada en la práctica penitenciaria, que ello comporta en cuanto a las clasificaciones y estudio de permisos de los internos, hemos traído a esta edición resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en orden a la renovación de los permisos de residencia cuando constan antecedentes penales.

## **FIES**

Recogemos la Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2009 que declaró la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996 de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por entender que al margen de configurar la creación y mantenimiento de una base de datos en el ámbito penitenciario, Ficheros de Internos de Especial Seguimiento, contenía normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados que afectaba a los derechos y deberes de los mismos, de manera que excedía del contenido y finalidad de los reglamentos administrativos o de organización en los que se encuadra la Instrucción, para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos.

Con carácter previo al pronunciamiento del Tribunal Supremo la citada Instrucción ya fue expresamente derogada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y sustituida por una nueva Instrucción 6/2006 denominada “Protocolo de actuación en materia de seguridad” que mantiene, sin embargo, con modificaciones puntuales, las previsiones del apartado I de la anterior Instrucción. De ahí que la citada Sentencia constituya uno de los motivos de la elaboración del Proyecto de Real Decreto de modificación del Real decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Así se expresa en su Preámbulo “a la luz de la citada Jurisprudencia, la regulación de los procedimientos de seguridad ajustados a la potencial peligrosidad de los internos debe contenerse en una disposición administrativa de carácter general. El primer objetivo de este Real Decreto es regular los mencionados procedimientos de seguridad”.

## **JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

Destacamos tres resoluciones del Tribunal Supremo resolviendo cuestiones de competencia. El Auto de 5/3/2009, declara que la orden de busca y captura es competencia del Tribunal Sentenciador. Por otra parte, res-



pecto a la competencia para la autorización de salidas terapéuticas del Hospital psiquiátrico durante el cumplimiento de medida de seguridad de internamiento, el Tribunal Supremo por Auto de 16/12/09 dirime la cuestión atribuyéndola al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Y por último, atribuye en Auto de fecha 8/10/09, la competencia para el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad, al Tribunal Sentenciador.

### **LIBERTAD CONDICIONAL**

Aportamos una resolución , en la que se pone de manifiesto la incidencia que en cuanto al pronóstico favorable de integración social, tiene la situación actual de crisis económica en nuestro país, así el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 1 “el carecer de una actividad laboral en el exterior, no puede ser en estos momentos, un motivo determinante para denegar la libertad condicional, pues un número elevado de la población en edad productiva, se encuentra en la actualidad sin poder trabajar por carecer de un puesto de trabajo”.

El resto de las resoluciones se sistematizan según se trate de concesión, no concesión, entre los que destaca el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta que considera la libertad condicional un “beneficio excepcional”, y diferentes supuestos de revocación de la misma.

### **LIMITACIONES REGIMENTALES**

Siguen siendo frecuentes resoluciones de los Jueces de Vigilancia estimando las quejas de los internos en orden a la aplicación indebida del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario argumentando que dicho precepto “no puede utilizarse para imponer limitaciones regimentales que constituyan una medida que esté expresamente prevista como sanción o como medio coercitivo, ya que teniendo la imposición de sanciones y las aplicación de medios coercitivos unos preceptos específicos que los regu-

lan no cabe acudir a un precepto genérico y más teniendo en cuenta que si se impone a través de este precepto una sanción o se utiliza un medio coercitivo se están eludiendo los límites que en la regulación legal de estas medidas se prevén expresamente”.

## **LOCALIZACIÓN PERMANENTE**

Aportamos dos resoluciones del Juzgado de lo Penal de Baracaldo nº 1, de donde se sigue el criterio, respecto a esta pena privativa de libertad, de “su cumplimiento simultáneo y paralelo a las otras penas privativas de libertad que se encuentre cumpliendo por otras causas”. En línea con resoluciones en el mismo sentido que ya se mencionaban en la edición anterior de 2008.

## **PERMISOS**

Vuelve a ser uno de los capítulos más extensos, no destacando, sin embargo, por novedades significativas en relación a los criterios de concesión y denegación.

Reseñar el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza 1, de 17/11/09, que concede el permiso pese al positivo a opiáceos al regreso del último permiso, “resulta poco pedagógico y, sobre todo, nada efectivo denegar un permiso de salida por tal causa, puesto que la adicción a las drogas es una enfermedad”.

Se reitera, por otro lado, en diversas resoluciones la inoperabilidad como motivos de denegación de la gravedad de la actividad delictiva (ya valorada en sentencia), y la lejanía de las fechas de cumplimiento, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 9/6/09. Operando los mismos como factores de denegación en otras tantas resoluciones, así en Auto del del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Almería de 30/3/09 en el que se alude a “gravedad de la tipología delictiva (delitos contra la salud pública), larga extensión de la condena impues-

ta (3 años y 10 meses) en relación con el tiempo efectivo de cumplimiento y la lejanía de cumplimiento de las 3/4 partes de condena (17/9/10)”.

Por último referir el Auto del del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón de 17/7/09 que no autoriza el permiso propuesto por la Junta, pese al buen aprovechamiento al parecer de un permiso anterior, remitiéndose a la argumentación utilizada por la Audiencia Provincial de Castellón en un Auto de 19/11/08 “no parece conveniente una mimética concesión de otro permiso que, al igual que el anterior, debe estar orientado fundamentalmente a facilitar un reintegro a la sociedad que se presenta en estos momentos como lejano, de modo que sin negar el estímulo que su mesurada concesión de cara a la consolidación de cuanto con su comportamiento apunta el recurrente igualmente importante resulta la necesidad de una completa reflexión sobre lo inadecuado de su comportamiento”.

## **PRISIÓN PROVISIONAL**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, que constituyó una de las novedades más destacadas de la edición anterior, ha determinado numerosas resoluciones que, invocando la misma reconocen el doble cómputo, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 10/12/2009, en la que tras reconocer el abono de la prisión provisional, hace referencia a la nueva redacción del artículo 58 del Código Penal contenida en el entonces Proyecto de Ley Orgánica, en la actualidad ya Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que viene a “eliminar cualquier duda sobre la cuestión”, al establecer como nueva redacción del inciso primero que “el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonada en su totalidad por el Juez o Tribunal Sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella”.

Recogemos algunas otras resoluciones en las que no se hace, sin embargo, aplicación de la citada Sentencia, “al entrar a examinar las circunstancias concretas de cumplimiento y entender que de la concurrencia

de la condición de penado y preventivo no se derivaron perjuicios para el interno”, Auto de la Audiencia Nacional de 17/3/09.

## **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

Comenzamos este capítulo con las Sentencias del Tribunal Constitucional resolviendo recursos de amparo a propósito de la vulneración de derechos fundamentales.

A continuación y siguiendo la sistemática utilizada en ediciones anteriores recogemos las resoluciones que estiman parcialmente el recurso rebajando la gravedad de la infracción, aquellas otras que aún estimando correcta la calificación de la falta rebajan la sanción impuesta, y por último las que establecen la inexistencia de la falta, entre éstas el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 5/5/09 que estima que el no reingreso al centro tras permiso estando evadido más de seis meses “rebasa el ámbito puramente disciplinario, pudiendo ser constitutivo de un delito, no puede considerarse como una evasión, que se debe entender como una actividad transgresora de dentro a afuera”.

Destacamos aquellas en las que se deja sin efecto la sanción, así el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón de 20/1/09 “por falta de prueba de conocimiento de la prohibición”, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 22/10/09 al apreciar “estado de anormalidad psíquica por intoxicación” y el Auto del mismo Juzgado de fecha 14/8/09 “al no probarse el animus y existir duda razonable”.

## **TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD**

Constituye esta materia, entre las penas alternativas a la privación de libertad, una de las que está ocasionando mayor problemática en su aplicación. No obstante, son escasas las resoluciones recibidas al respecto. Destacamos entre estas, las que vienen determinando la prescripción de

esta pena por transcurso del plazo de un año desde la firmeza, sin entrar a valorar la posible eficacia interruptiva de las gestiones realizadas para su cumplimiento, así el Auto de Juzgado de lo Penal num.1 de Pontevedra de 16/10/09 que declara prescrita la pena de 22 días de Trabajo en Beneficio de la Comunidad impuesta en Sentencia firme de 26/8/08, cuyo cumplimiento se inicia el 3/10/09. Al objeto de aportar resoluciones en otro sentido, es por lo que incluimos rompiendo en cierto modo el criterio cronológico, que guía esta recopilación, un Auto del juzgado de Instrucción de Donostia num.3 de 25/1/10 que resuelve no tener por prescrita la pena, pese al transcurso de un año desde la firmeza de la sentencia, al reconocer eficacia interruptiva de la prescripción de la pena a las incidencias orientadas a la ejecución de la misma.

## **OTROS**

Concluimos esta edición con varias resoluciones de diversa naturaleza y contenido que presentan algunos aspectos de interés en la práctica penitenciaria. Entre éstas el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6/3/09 que acuerda la revocación del licenciamiento definitivo con fundamento en el perjuicio causado en las fechas de cumplimiento, y el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 15/1/09 que estima la queja por estancia prolongada en el módulo de ingresos, proponiendo a la Administración Penitenciaria “que, de forma urgente, se efectúen las gestiones necesarias y se adopten las medidas oportunas para evitar que el módulo de ingresos del centro penitenciario se convierta en módulo residencial debido a la sobreocupación que sufre el establecimiento”.



# **CAPÍTULO I**

## ***ACUMULACIÓN***





## **1.- AUTO DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 22/10/09**

**No aprobación de licenciamiento definitivo interesando nueva propuesta conforme a la sentencia del Tribunal Supremo “Henri Parot”. Recurrída en casación. No se admite.**

## **AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL DE FECHA 22-10-2009.**

Por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), en autos nº Rollo de Sala Ejecutoria 153/1994, dimanante de Sumario 1/1992 del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Vicente, se dictó auto de fecha 18 de febrero de 2009, en cuya parte dispositiva se acordó “no aprobar el licenciamiento definitivo de P.J.A.G. propuesto por el Centro Penitenciario de Castellón, para el día 15 de marzo de 2009. Practíquese liquidación de condena en los términos expuestos en los fundamentos de esta resolución, de la que se dará traslado al Ministerio Fiscal para que informe en cuanto a su aprobación.”.

Contra dicho Auto, se interpuso recurso de casación por P.J.A.G., mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales. El recurrente menciona como motivo susceptible de casación el siguiente: 1) al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 73 del Código Penal.

En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

Se formula por la representación procesal del recurrente el motivo de su recurso al amparo del art.849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 73 del Código Penal.

A) Alega el recurrente que se ha infringido el artículo 73 del Código Penal vigente al momento de los hechos al no tenerse en cuenta sobre el límite máximo -30 años- (sic) los días redimidos sobre el máximo de la condena. Se dice que la Sentencia del Tribunal Supremo 28-2-06 contiene una serie de connotaciones inherentes al caso al que se refería que en modo alguno se pueden extrapolar automáticamente a todos los supuestos. Se trataría de una vulneración del principio de irretroactividad de las leyes penales aplicar la doctrina sentada en la citada sentencia pues se han de equiparar la doctrina y jurisprudencia consolidadas durante muchos años y al tiempo de la condena del recurrente y de la revisión de la sentencia con arreglo al Código Penal 1995 que nos indican que no se ha de proceder en la línea que se pretende siguiendo la novedosa doctrina referida. Ha de dictarse resolución por la que se acuerde que los días redimidos han de serlo sobre la condena máxima de 20 años lo que lleva inexorablemente al licenciamiento en fecha 15 de marzo pasado.

B) La sentencia de 28-02-2006 del Pleno de esta Sala; concretamente en su fundamento de derecho 4º argumenta cómo el límite de treinta años es solo eso, un límite para el cumplimiento de las penas, no es una nueva pena a la que aplicar los beneficios penitenciarios. Estos habrán de aplicarse sucesivamente por orden de gravedad a cada una de las penas hasta alcanzar ese límite, a partir del cual se tendrán por cumplidas todas. No es necesario decir más en este momento para dejar de relieve la razonabilidad de tal argumentación. Nos remitimos a todo el texto de la mencionada resolución y particularmente a dicho fundamento de derecho 4º que trata este tema con la atención que merece. Se podrá no estar de acuerdo con lo que se dice allí, como pone de manifiesto el referido voto particular; pero en modo alguno cabe hablar de irrazonabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo 11-12-08).

Ciertamente la doctrina de la mencionada sentencia de 28-02-2006, adoptada por el pleno de esta sala con un voto particular de tres magistrados, es menos favorable para el reo que la aplicada con anterioridad a tal resolución judicial; pero tal doctrina no es una ley, sino una interpretación de la ley diferente de la que había prevalecido hasta entonces con efecto vinculante para los demás órganos judiciales, no solo por provenir del pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sino porque -dicho sea con los debidos respetos a los compañeros firmantes del mencionado voto particular- tiene en su favor lo dispuesto en el artículo 75 del Código

Penal actual (equivalente de la regla 1ª del artículo 70 del Código Penal anterior) cuando nos habla del cumplimiento sucesivo de las diferentes penas impuestas por las diversas infracciones cuando no puedan cumplirse simultáneamente. Tal expresión “cumplimiento sucesivo” es un argumento fundado en la ley penal que sirve para dar cobertura jurídica a aquello que nos parece como solución más justa, particularmente en los casos como el presente (o el de Henry Parot) en los que las penas totales impuestas superan los 30 años de prisión que tiene que cumplir el penado por los límites fijados en tal artículo 76.1 del Código Penal. Por lo demás, nos remitimos a las muchas razones expresadas en la tan repetida sentencia de 28-02-2006 y también a lo que nos dice la más reciente de 14-11-2008 (nº 734/2008).

C) Está claro que la pretensión del recurrente de que no se determine su licenciamiento definitivo de forma acorde a la recogida en la sentencia de esta Sala de 28-2-06 es improsperable. Ha de recordarse el supuesto de autos. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª) dictó el Auto ahora recurrido tras dar traslado al Fiscal para informe sobre la procedencia de aprobar el licenciamiento definitivo del recurrente propuesto por el Centro Penitenciario para el día 15-3-09; el Fiscal evacuó el traslado oponiéndose al licenciamiento puesto que conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial el cómputo de la redención no debía efectuarse sobre el límite máximo de cumplimiento sino sobre cada una de las penas.

Las penas impuestas al recurrente -tres penas de 18 años de reclusión menor- lo fueron por tres delitos de violación y, tras la revisión procedente, quedaron fijadas en tres penas de 15 años de prisión cada una. La limitación aplicable por virtud del artículo 76 del Código Penal es la de 20 años de prisión.

La resolución recurrida se limita a establecer la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-2-06 y como dicha resolución indica expresamente “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” sin que suponga infracción constitucional alguna el hecho de que el condenado 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.

En la decisión de la Sala de instancia de interesar que se practique una nueva liquidación del recurrente con aplicación de la doctrina contenida en la sentencia 197/2006 no hay una infracción del artículo 73 del anterior Código Penal, éste precepto nada tiene que ver con la cuestión planteada. Tampoco el actual artículo 73 se ve infringido por la resolución del Tribunal y en cuanto a que se trate de denunciar la vulneración del anterior artículo 70 -actual 76 -, ha de aplicarse para el dictado del Auto de licenciamiento definitivo, al hacer la concreción definitiva, comprobando la forma de cumplimiento, la norma penal vigente -artículos 75 y 76.1 del Código Penal de 1995, equivalentes a los artículos 69 y 70 del anterior Código - interpretada conforme a doctrina jurisprudencial vigente en el momento en que se dicta (Sentencia del Tribunal Supremo 14-11-08). No hay una nueva liquidación de penas que vulnera la intangibilidad de las resoluciones judiciales sino una decisión sobre la forma de cumplimiento de las mismas con arreglo a la doctrina vigente, la fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/06.

No se trata aquí, como sugiere el recurrente, de la aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable, sino de la aplicación de un criterio jurisprudencial en torno a la interpretación de la misma norma, cuya aplicación al caso no se discute.

El criterio jurisprudencial sobre la interpretación del referido artículo 70 del texto refundido por el que se aprueba el Código Penal de 1973, ha de ser el plasmado en la sentencia de 28 de febrero de 2006. Se debe aplicar la norma penal vigente interpretada conforme a la doctrina jurisprudencial vigente en el momento en que se resuelve, sin que desde luego ello suponga ningún tipo de retroactividad penal infractora del artículo 25 de la Constitución.

Por todo ello procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

La sala acuerda:

No haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra auto dictado por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

# **CAPÍTULO 2**

## ***BENEFICIOS***



## **REDENCIÓN**

### **2.- SENTENCIA 35/2009 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 09/02/09**

**Otorga el amparo por no concurrir la exigencia constitucional de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que afecten a un derecho fundamental (libertad) -“baja en redención”-.**

En el recurso de amparo núm. 5957-2005, promovido por don I. C. C., representado por el Procurador de los Tribunales y asistido por el Abogado, contra el Auto de 30 de junio de 2005 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso de apelación núm. 88-2005, interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 28 de junio de 2004 que, a su vez, rechaza el recurso de reforma formalizado contra el Auto anterior del mismo Juzgado de 31 de marzo de 2004, que aprobó la baja del recurrente en redención legal propuesta por el centro penitenciario. Ha sido parte el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

Por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de agosto de 2005, don I. C. C., interno en el Centro Penitenciario Ocaña II, manifestó su voluntad de interponer recurso de amparo contra las resoluciones judiciales reseñadas en el encabezamiento de la presente Sentencia, solicitando que le fuesen designados a tal efecto Abogado y Procurador de oficio.

Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 3 de noviembre de 2005 se acordó librar despacho al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que se designara al recurrente Procurador y Abogado del turno de oficio para su representación y defensa en el presente recurso de amparo, así como requerir a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para que remitieran, respectivamente, testimonio del rollo de apelación núm. 88-2005 y del expediente de redenciones núm. 73-2003.

Recibidos los anteriores despachos y los testimonios de actuaciones, por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 27 de enero de 2006 se tuvieron por designados al Procurador de los Tribunales para la representación del recurrente, y al Abogado para su defensa, confirmando al citado Procurador un plazo de veinte días para que, bajo la dirección del Abogado mencionado, se formulara la correspondiente demanda de amparo, que tuvo efectivamente su entrada en el Registro General de este Tribunal el 27 de febrero de 2006.

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución de este recurso, son los que se resumen a continuación:

a) La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Ocaña II acordó el 20 de noviembre de 2003 la propuesta de baja en redención ordinaria del interno C. C. por comisión de sanciones, con efectos de 28 de octubre de 2003. Dicho acuerdo, que no consta notificado al interno, fue aprobado, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, por Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 31 de marzo de 2004 (expediente de redenciones núm. 73-2003), “en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, en vigor por aplicación de la Disposición Transitoria Primera del vigente Reglamento Penitenciario”.

b) Mediante escrito de fecha 3 de abril de 2004, que tuvo entrada en el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria el siguiente 15 de abril, el interno interpuso recurso de reforma contra el Auto de 31 de marzo de 2004, aduciendo que no se motivan las causas por las que adopta la decisión de aprobar su baja en redención ordinaria y que no le había sido notificada por el centro penitenciario propuesta de baja en redención alguna.



c) El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria aclaró el Auto de 31 de marzo de 2004 mediante providencia de 28 de junio de 2004, en el sentido de hacer constar que la baja en redención del interno se aprueba “por las sanciones cometidas con fecha de 28 de octubre de 2003”.

d) Por Auto de 28 de junio de 2004 el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria desestimó el recurso de reforma, limitándose a razonar que “las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan datos o circunstancias nuevas o relevantes a las que ya han sido valoradas al dictar la resolución recurrida, cuyos razonamientos se dan por reproducidos en su integridad”.

e) Contra el Auto anterior interpuso el interno recurso de apelación, en el que alegó la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, porque no le fue notificada por el centro penitenciario la propuesta de baja en redención ordinaria, que ha sido por ello aprobada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria sin que se le haya dado la oportunidad de defenderse.

Asimismo alegó que la propuesta del centro penitenciario, aprobada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, se funda en una interpretación errónea del Reglamento penitenciario, pues la baja en redención obedece al hecho de que le fueron impuestas sendas sanciones disciplinarias con fechas 9 y 28 de octubre de 2003 por haber llevado a cabo una “huelga de patio” de catorce días de duración entre los días 28 de septiembre y 11 de octubre de 2003; a juicio del recurrente, estos hechos no debieron dar lugar a la imposición de dos sanciones distintas, sino que debieron ser objeto de una única sanción, por tratarse de una infracción continuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237.1 del Reglamento penitenciario, con la consecuencia de que no procedería la baja en redención, por no estar contemplada para este supuesto en el artículo 73 del Reglamento de los servicios de prisiones de 1956, aplicable en virtud de la disposición transitoria primera del vigente Reglamento penitenciario.

f) El recurso de apelación fue desestimado por Auto de 30 de junio de 2005 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con la siguiente fundamentación: “El interno I. C. C., condenado por delitos de terrorismo, fue sancionado por su participación en una

huelga de patio protagonizada por internos pertenecientes a la banda terrorista ETA. Como consecuencia de la sanción, se propuso su baja en redención, de conformidad con el artículo 76.2 de la Ley Orgánica Penitenciaria y artículos 65 y 73 del antiguo Reglamento de los Servicios de Prisiones, resolución acertada visto el contenido de las actuaciones. Por consiguiente, procede desestimar el recurso de apelación que ha dado origen a los presentes autos”.

En la demanda de amparo se aduce que los Autos impugnados han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en su vertiente del derecho a obtener una resolución judicial motivada (artículo 120.3 de la Constitución Española).

El recurrente comienza señalando que no le fue notificada por el centro penitenciario la propuesta de baja en redención, y que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria procedió a aclarar su Auto de aprobación de la baja en redención en la misma fecha en que desestimó el recurso de reforma, por lo que no se dio al recurrente la oportunidad de mejorar su recurso a la vista de la aclaración. Además, sostiene el recurrente que el Juzgado no ha fundamentado las razones de su decisión de aprobar la baja en redención ordinaria, limitándose a citar preceptos legales y reglamentarios que nada tienen que ver con el fondo de la pretensión planteada. Por su parte, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha desestimado el recurso de apelación sin entrar a analizar las razones alegadas por el recurrente para oponerse a la baja en redención por entender que los hechos que motivaron la imposición de dos sanciones disciplinarias deben considerarse como una infracción continuada, que da lugar a una sola sanción, con la consecuencia de que no procedería la baja en redención.

La Sección Segunda de este Tribunal acordó, por providencia de 26 de septiembre de 2007, la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo previsto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y al Procurador del recurrente, para que dentro de dicho plazo presentasen las alegaciones que considerasen oportunas. Asimismo se acordó dar traslado al Abogado del Estado, para que dentro del indicado plazo pudiera personarse y formular alegaciones en el presente proceso constitucional.

El Abogado del Estado se personó y formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 16 de octubre de 2007, interesando la desestimación del recurso de amparo. Sostiene el Abogado del Estado que no concurre la supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, pues los Autos impugnados contienen una fundamentación, con expresión de los preceptos aplicables al caso, que, aunque breve, es suficiente para concluir que se ha dado respuesta congruente y motivada a la cuestión planteada por el recurrente.

A juicio del Abogado del Estado lo que el recurrente postula es una reinterpretación de unas resoluciones judiciales que apreciaron la comisión de sendas infracciones disciplinarias, sancionadas separadamente, de modo que sean consideradas como una sola infracción continuada; pretensión que no puede ser atendida, por tratarse de resoluciones judiciales firmes, y porque la rectificación de los actos de aplicación de una sanción por infracciones en materia penitenciaria sólo es posible si hubiera existido un error de calificación precedentemente cometido en la apreciación de las infracciones (artículo 256.2 del Reglamento Penitenciario), sin que el recurrente haya justificado la existencia de tal error.

El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 15 de noviembre de 2007.

El Fiscal advierte que debe descartarse la posible concurrencia de la causa de inadmisión del recurso de amparo consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial [artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], pues aunque en la demanda de amparo parece aludirse a una falta de respuesta en los Autos impugnados a las pretensiones deducidas por el recurrente en sus recursos de reforma y apelación, a modo de incongruencia omisiva (lo que haría exigible haber acudido previamente al incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo cierto es que, en realidad, el verdadero motivo del amparo es la falta de fundamentación de los Autos impugnados.

Descartada la existencia de óbices procesales la queja del recurrente ha de prosperar, a juicio del Ministerio Fiscal, toda vez que, en efecto, las resoluciones judiciales impugnadas no contienen fundamentación alguna, limitándose los órganos judiciales a citar los preceptos que consideran

aplicables, sin argumentar siquiera mínimamente sobre los hechos concretos sometidos a su consideración ni sobre las razones que el recurrente expuso en sus recursos de reforma y apelación para oponerse a la aprobación de su baja en redención, a pesar de referirse algunas de ellas al derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española). Tal ausencia de motivación en los Autos impugnados ha de considerarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y, en consecuencia, debe dar lugar al otorgamiento del amparo, con declaración de nulidad de los Autos y retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el Auto del Juzgado de Central Vigilancia Penitenciaria de 31 de marzo de 2004.

La representación procesal del demandante de amparo no presentó alegaciones.

Por providencia de 5 de febrero de 2009, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 9 del mismo mes y año.

El recurso de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado de Central Vigilancia Penitenciaria de 31 de marzo de 2004, que aprobó la baja del recurrente en redención legal propuesta por el centro penitenciario, así como contra el Auto de 28 de junio de 2004 del mismo Juzgado, que rechaza el recurso de reforma contra el anterior, y contra el Auto de 30 de junio de 2005 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso de apelación. El demandante de amparo sostiene que los Autos impugnados han lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), por falta de motivación de la decisión de aprobar su baja en redención, propuesta por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en el que cumple condena.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado, reconociendo el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, al entender que los órganos judiciales han rechazado la pretensión del recurrente sin argumentar siquiera mínimamente sobre los hechos concretos sometidos a su consideración ni sobre las razones y alegaciones que expuso en sus recursos de reforma y apelación. El Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso de amparo, por las razones que se exponen en los antecedentes.

Con carácter previo al examen de la lesión constitucional invocada conviene precisar, en primer lugar, que el objeto inmediato del presente

recurso de amparo viene exclusivamente constituido por los Autos referidos, dictados por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quedando excluido de nuestro enjuiciamiento la propuesta de baja en redención ordinaria del recurrente acordada el 20 de noviembre de 2003 por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Ocaña II, pues, como ya señalamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2004, de 26 de abril, F. 2, en estos casos la propuesta del centro penitenciario carece de efectos jurídicos por sí misma, en la medida en que el artículo 76.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, establece que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria “aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena” -apartado c)- y “acordar lo que proceda sobre peticiones o quejas que los internos formulen en relación con... los beneficios penitenciarios de aquéllos” -apartado g).

Asimismo, antes de entrar en el fondo de la queja planteada por el recurrente es necesario examinar la eventual causa de inadmisibilidad del recurso de amparo apuntada por el Ministerio Fiscal -bien que para descartarla-, consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial, en la medida en que pudiera entenderse que la demanda de amparo imputa a los Autos impugnados el vicio de incongruencia omisiva, por falta de respuesta a las pretensiones deducidas por el recurrente en sus recursos de reforma y apelación, lo que haría exigible que se hubiese acudido al incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ahora bien, como señala el propio Ministerio Fiscal, lo cierto es que la lesión que en realidad se alega por el recurrente se refiere a la insuficiencia de motivación de los Autos impugnados. En consecuencia, siendo obvio que la queja referida a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación quedaba por completo excluida del incidente de nulidad regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción anterior (que es la aplicable en el presente caso) a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, debe descartarse que la exigencia de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] haya resultado incumplida en el presente caso.

Efectuadas las precisiones que anteceden, procede entrar a examinar la queja formulada por el recurrente en la demanda de amparo, debiendo tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve reiteradamente que la cuestión relativa a la procedencia de la redención de penas por el trabajo, sobre la que corresponde decidir, en el actual sistema implantado por la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, al Juez de Vigilancia Penitenciaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre, F. 3, y 76/2004, de 26 de abril, F. 2), afecta al derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución Española, ya que el período de privación de libertad depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el artículo 100 del Código Penal de 1973 (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo, F. 3, 186/2003, de 27 de octubre, F. 5, y 76/2004, de 26 de abril, F. 5), en relación con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución Española, por cuanto se conecta con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad.

Por tanto, como recuerdan las Sentencias del Tribunal Constitucional 186/2003, de 27 de octubre, F. 5, y 43/2008, de 10 de marzo, F. 4, “las exigencias de motivación fundada en Derecho se tornan aún más rigurosas (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, FF. 2 y 3); de manera que, en tales casos, se hace necesario que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1999, de 4 de agosto, F. 3), debiendo por consiguiente entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española (en este sentido, entre otras muchas: Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1996, de 15 de abril, F. 2; 175/1997, de 27 de octubre, F. 4; 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4; 116/1998, de 2 de junio, F. 4; 2/1999, de 25 de enero, F. 2; 147/1999, de 4 de agosto, F. 3)”.

Pues bien, a la luz de esta doctrina debemos examinar si la fundamentación de las resoluciones impugnadas en amparo resulta suficientemente motivada.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria aprobó en su Auto de 31 de marzo de 2004 la baja

en redención del recurrente propuesta por el centro penitenciario, “en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de los servicios de prisiones de 2 de febrero de 1956, en vigor por aplicación de la disposición transitoria primera del vigente Reglamento penitenciario”, sin explicitar cuál de los dos motivos por los que, según el citado artículo 73 del Reglamento de los servicios de prisiones de 1956 (intento de evasión o comisión de dos faltas graves o muy graves) da lugar a la aprobación de la propuesta de baja en redención.

Interpuesto recurso de reforma por el interno, quejándose de que dicho Auto no motivaba las causas por las que se adopta la decisión y que no le había sido notificada por el centro penitenciario la propuesta de baja en redención ordinaria, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria adoptó el mismo día, 28 de junio de 2004, dos decisiones: en primer lugar, aclaró de oficio el Auto precedente mediante una providencia en la que se indica que la baja en redención se aprueba “por las sanciones cometidas con fecha 28 de octubre de 2003”; y, en segundo lugar, dictó Auto desestimando el recurso de reforma, limitándose a indicar que “las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan datos o circunstancias nuevas o relevantes a las que ya han sido valoradas al dictar la resolución recurrida, cuyos razonamientos se dan por reproducidos en su integridad”.

Es cierto, pues, que el Juzgado resolvió el recurso de reforma de manera formularia y sin dar al recurrente la oportunidad de ampliar o reformular su recurso a la vista de la aclaración del Auto inicial, aclaración que precisaba cuál de los dos motivos previstos en el artículo 73 del Reglamento de los servicios de prisiones de 1956 daba lugar a la aprobación de la propuesta de baja en redención en el presente caso. No obstante, ello no autoriza a concluir que el Auto que resuelve el recurso de reforma, así como el Auto inicial que aprueba la baja en redención del recurrente, carezcan de motivación suficiente, pues el recurrente, al que le constaba haber sido sancionado dos veces (el 9 y el 28 de octubre de 2003) por haber realizado una “huelga de patio”, no podía, por tanto, desconocer que la causa de la baja en redención a la que se estaba haciendo alusión en el Auto de 31 de marzo de 2004 (confirmado en reforma por el Auto de 28 de junio de 2004) al invocar el artículo 73 del Reglamento de los servicios de prisiones de 1956, era justamente la de haber sido sancionado “por la comisión de dos faltas graves o muy graves” (artículo 73.1), quedando descartado, por exclusión, que la cita del referido precepto

reglamentario pudiera aludir al otro motivo previsto en el mismo de pérdida del beneficio de la redención, esto es, el realizar un “intento de evasión” (artículo 73.2).

Por lo que se refiere al recurso de apelación interpuesto por el demandante de amparo contra los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, resulta que alegó, entre otros extremos, la improcedencia de la baja en redención, por entender que la misma se funda en una interpretación errónea de la normativa penitenciaria, toda vez que los hechos por los que le fueron impuestas dos sanciones disciplinarias con fechas 9 y 28 de octubre de 2003 (haber llevado a cabo una “huelga de patio”), debieron, a juicio del recurrente, ser considerados como una infracción continuada, a la que correspondería una única sanción (artículo 237.1 del Reglamento penitenciario de 1996), con la consecuencia de que no procedería la baja en redención, por no estar contemplada para este supuesto en el citado artículo 73 del Reglamento de los servicios de prisiones de 1956; y asimismo invocó, en relación con lo anterior, lo dispuesto en el artículo 256.2 del Reglamento penitenciario de 1996 sobre reducción o revocación de sanciones disciplinarias firmes cuando se aprecie error de calificación.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de apelación, limitándose a afirmar en su Auto de 30 de junio de 2005 que la resolución dictada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria es “acertada visto el contenido de las actuaciones”, porque la baja en redención se acuerda “de conformidad con el artículo 76.2 de la Ley Orgánica Penitenciaria y artículos 65 y 73 del antiguo Reglamento de los Servicios de Prisiones”, como consecuencia “de la sanción” impuesta al recurrente “por su participación en una huelga de patio protagonizada por internos pertenecientes a la banda terrorista ETA”.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina constitucional antes recordada, no puede aceptarse que la fundamentación del Auto que desestima el recurso de apelación cumpla la exigencia constitucional de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que han de resolver cuestiones en las que se encuentra afectado el derecho fundamental a la libertad personal, toda vez que en el Auto, que se limita a aludir a “la sanción”, no aparece referencia alguna a la valoración de las concretas circunstancias del caso, y, en particular, de la indicada queja del recurrente sobre la improcedencia de la baja en redención por la comisión de dos infracciones muy



graves, por tratarse, a su juicio, de hechos que debían haber sido calificados como una infracción continuada.

En consecuencia, es forzoso concluir que la argumentación contenida en el Auto de apelación no resulta suficientemente motivada, ni atiende a las dimensiones constitucionales en juego, entre las que se encuentra el derecho a la libertad personal, conforme se ha indicado, por lo que procede el otorgamiento del amparo.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don I. C. C. y, en consecuencia:

Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Declarar la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005, recaído en el recurso de apelación núm. 88-2005.

Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005, para que sea dictada una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

### **3.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MURCIA DE FECHA 07/08/09**

**Redención extraordinaria. Se deniega porque el interno no realiza ninguna actividad relacionada con el delito que cometió que ponga de manifiesto un extraordinario esfuerzo rehabilitador.**

Las presentes actuaciones arriba referenciadas se incoaron en virtud de recurso de queja formulado por el interno del Centro Penitenciario de Murcia, L.G.M. contra el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento el

pasado día 14-05-2009 por el que se determina no proponer para su autorización por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la redención extraordinaria correspondiente al 1º trimestre del año 2009 por no suponer las actividades realizadas un esfuerzo rehabilitador directamente relacionado con la actividad delictiva.

Recabada del Centro Penitenciario de Murcia la información documental oportuna así como de otros Centros Penitenciarios, por providencia se mandó conferir traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, evauándolo por informe en el que interesa la desestimación del recurso formulado, 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”.

Las redenciones son de dos tipos, ordinarias y extraordinarias. Los dos tipos de redenciones son de naturaleza distinta. La ordinaria se concede por motivo de trabajo. La extraordinaria se asimila más a la figura de la recompensa del artículo 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (artículos 105 y 106 del Reglamento Penitenciario 1201/1981).

Por tanto, procede el abono de la redención extraordinaria aún cuando se cause baja en la redención ordinaria. Acudiendo a criterios de interpretación gramatical los términos utilizados en la definición de recompensa (artículo 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y de redención extraordinaria (artículo 71.3) son análogos. A este respecto, el artículo 46 establece que “los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal” será estimulado con las recompensas que enumera. Por otra parte, el artículo 71.3 establece que “las redenciones extraordinarias se concederán en razón de circunstancias especiales de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo”.

Desde una interpretación teleológica, la condición de recompensa de la redención extraordinaria se ajusta más al principio de individualización

científica, porque se pueden conceder dependiendo del interés, colaboración en el tratamiento -el trabajo es parte de él-, la laboriosidad, la buena conducta, etc., del penado.

En el supuesto de autos, el acuerdo impugnado encuentra su fundamento en el cambio de criterio adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, a raíz del oficio emanado de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (de fecha 13-10-2008) que establece que si bien el cumplimiento de las exigencias normativas se debe exigir escrupulosamente y comprobar que concurren especiales circunstancias de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo, estas “no pueden entenderse fuera de un extraordinario esfuerzo rehabilitador, directamente relacionado con la actividad delictiva sin que el resto de actividades que se desarrollen, puedan o deban dar lugar a propuestas de redención extraordinaria, todo lo más a premios o recompensas establecidos”.

En el supuesto que nos ocupa, se nos informa que el interno no realiza ninguna actividad relacionada con el delito que cometió (contra la libertad sexual) que ponga de manifiesto un extraordinario esfuerzo rehabilitador, de ahí que, conforme al cambio de criterio adoptado por la Junta de Tratamiento del Establecimiento, proceda desestimar el recurso de queja deducido y confirmar, con ello el acuerdo impugnado.

Se acuerda: Desestimar la queja formulada por el interno del Centro Penitenciario de Murcia L.G.M. origen de las presentes actuaciones.

## **INDULTO**

### **4.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MALAGA DE FECHA 17/02/09**

**Desestima la pretensión de tramitación de indulto (artículo 206 del Reglamento Penitenciario), por no participación en programas de reeducación y reinserción en delito Contra la Salud Pública.**

El interno P.L.S.C. ha solicitado a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Málaga la tramitación del indulto particular previsto en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario en base a las alegaciones que estimó conducentes a su derecho.

La Junta de Tratamiento celebrada en fecha 13-11-08 ha propuesto a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular a favor del recurrente en la cuantía de doce meses, a aplicar en la causa 37/02 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga.

Incoado oportuno expediente judicial, se practicaron cuantas diligencias se consideraron útiles y necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Recibida, se confirió traslado al Ministerio Fiscal, que ha informado en el sentido que consta en autos.

El artículo 206 del Reglamento Penitenciario, bajo el título de Indulto particular, establece:

«1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias:

- Buena conducta.

- Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
  - Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.
2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen».

Este ejercicio de la Gracia de Indulto, regulado en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, ha de ser una facultad excepcional y particular basada en fundadas razones concurrentes en el caso concreto, orientadas hacia la reeducación y reinserción de los penados, por lo que el automatismo y generalización de dichas propuestas aleja dicha figura de su fundamento, finalidad y de la orientación antes citada que debe presidir su concesión, sobre todo cuando otros beneficios penitenciarios pueden adecuarse mejor a la propuesta formulada.

Trasladando el precepto citado al supuesto de autos, de la información facilitada por la Administración respecto a la situación penal, procesal y penitenciaria del interno, P.L.S.C., se desprende que:

1.- En cuanto a la situación penal y procesal del interno peticionante, resulta ser interno no primario, reincidente en delitos contra la salud pública, que ha sido condenado, en virtud de ejecutoria nº 37/02 de la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, como autor de un delito contra la salud pública, a la pena de prisión de 11-00-00 y, en virtud de ejecutoria nº 50/07 de la Sección Octava de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, como autor de un delito contra la salud pública y otro de falsificación, a la pena de prisión de 09-06-00.

Dada la tipología delictiva, se trata de uno de aquellos delitos en los cuales resulta necesaria la realización, con éxito y provecho, del curso específico que se imparte en prisión para internos condenados por delitos contra la salud pública, como medio de conjurar el elevado riesgo de reincidencia delictiva que tan lucrativa actividad comporta y que tanto daño y tanta alarma generan a la sociedad.

2.- En cuanto a su situación penitenciaria, de la información obrante en autos se infiere que, efectivamente, el interno ha colaborado, de manera destacada, en determinados puestos de trabajo productivo y actividades auxiliares del departamento con informe favorable de los encargados del departamento, sin embargo, no consta en autos que el interno haya participado, con éxito y provecho, en las concretas actividades de reeducación y reinserción social programadas para los delitos contra la salud pública cometidos que, por las razones expuestas en el párrafo anterior, han de ser consideradas prioritarias.

El incumplimiento de este esencial requisito, previsto en el artículo 206.1.c) del Reglamento Penitenciario, unido a la gravedad del delito, la entidad de la pena (20.06.00), la alarma social provocada y la lejanía en las fechas de cumplimiento: 3/4 25-08-18 y 4/4 08-10-23, llevan a desestimar su pretensión al no concurrir razones de equidad, justicia o conveniencia pública suficientemente cualificadas para otorgar el beneficio solicitado.

Se desestima la pretensión del interno P.L.S.C.

## **5.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA DE FECHA 24/11/09**

**La solicitud al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la tramitación de indulto particular es una potestad de la Junta y no un derecho del interno.**

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León - Burgos-, se dictó Auto con fecha 23 de octubre de 2009 que contiene la siguiente parte dispositiva: “Se desestima el recurso de reforma interpuesto por J.G., interno en el Centro Penitenciario de Soria, contra el auto dictado por este Juzgado con fecha veintinueve de septiembre de dos mil nueve.”

Contra dicha resolución se interpuso por la representación procesal recurso de apelación.

Una vez formalizado el recurso por la Letrada, en representación de dicho interno, dándose traslado del mismo al Ministerio Fiscal, que impugnó dicho recurso de apelación, se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Sala núm. 43/09, pasando los autos a La Sala para resolver.

Se dan por reproducidos los fundamentos jurídicos del auto impugnado.

Contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción que desestima la queja del interno referente a la solicitud de que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario proceda de conformidad con el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, se alza el Sr. G., refiriendo que el interno puede cumplir con los requisitos y no hay una propuesta de la Junta de Tratamiento.

El artículo 206 del Reglamento Penitenciario establece que «1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta, b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad, c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social».

El artículo 206 del Reglamento Penitenciario contempla, por lo tanto, y regula, lo que se denomina “indulto particular”, que es una potestad de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, a propuesta del Equipo Técnico, para solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular. Dicha cuestión es una potestad de la Junta de Tratamiento y no un derecho del interno por lo que si, a juicio de la citada Junta, no concurre el carácter extraordinario que exige la norma reguladora, el mismo no puede ser tramitado, razón por la que pese a concurrir el tiempo mínimo de permanencia en el Centro, buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal útil para la vida en libertad, participación en actividades de reeducación y de reinserción social, no es posible apreciar el carácter extraordinario exigido, lo que implica que el recurso deba desestimarse. En el mismo sentido citamos el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª, 8 de mayo de 2009.

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por J.G. defendido por la Letrada, contra el auto dictado el 23 de octubre de 2009 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Castilla y León, confirmamos la expresada resolución, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

## **LIBERTAD CONDICIONAL ADELANTADA**

### **6.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 2 DE FECHA 03/07/09**

#### **Libertad condicional adelantada a disfrutar en su país de origen.**

Dispone el artículo 90, apartado 1, del Código Penal, que establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- 1ª.- Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- 2ª.- Que hayan extinguido las tres cuartas partea de la condena.
- 3ª.- Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria

Establece el apartado 1 del artículo 91 del Código Penal que excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el Juez de



Vigilancia Penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

El apartado 2 del mismo precepto dispone que a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

En el presente supuesto concurren tanto los requisitos generales de los apartados a) y c) del artículo 90.1 citado, como los específicos por la modificación del plazo del apartado b) del referido precepto establecidos en el artículo 91, tanto de adelantamiento a los 2/3 de la condena, por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, como la reducción sobre el plazo anterior de un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, dado que nos encontramos ante un delito contra la salud pública donde, no se concreta la víctima, al tratarse de un delito de peligro abstracto, asimismo el interno no sufre patología que requiera tratamiento especializado, habiéndose establecido como actividades prioritarias en su programa de tratamiento el mantenimiento de hábitos formativos y laborales habiéndolas realizado ambas satisfactoriamente.

Procede pues la bonificación de 90 días durante los 5 años y 3 meses de internamiento, por cuanto, ingresó en prisión el día 6 de febrero de 2004, con lo cual aplicando dicha bonificación se adelantaría el cumplimiento a las 2/3 partes de la condena a fechas de 22 de septiembre de 2009.

Que reuniendo la propuesta los requisitos exigidos por los artículos 90 y 91.1 del Código Penal y 197.1 del Reglamento Penitenciario, procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 162 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobar la propuesta de concesión de los beneficios de Libertad Condicional en favor del penado, condicionada a que la cumpla en su país de origen, debiendo hacerse efectiva cuando pueda realizarse el viaje a su país, con acompañamiento policial al aeropuerto para asegurar la efectividad de este auto, por lo que en caso de que en la dicha fecha no pudiera hacerse efectivo el desplazamiento a su país deberá ser retenido en el Centro Penitenciario hasta el momento en que sea posible.

Se aprueba la concesión de los beneficios de la Libertad Condicional al penado E.F.M.M., en los términos en que ha sido propuesta, condicionada a que la disfrute en su país de origen, debiendo hacerse efectiva la libertad en los términos que se recogen en el razonamiento jurídico de esta resolución.

## **7.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 4 DE FECHA 08/09/09**

### **Libertad condicional adelantada por el cumplimiento continuado de actividades en programa de desintoxicación.**

Por el Centro Penitenciario Madrid IV se ha elevado expediente de Libertad Condicional respecto del interno V.C.H.

Establece el apartado 2 del artículo 91 del Código Penal que a propuesta de instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que

el penado haya desarrollado continuamente la actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación en su caso.

A la vista de la propuesta formulada por el Centro Penitenciario se constata que las 2/3 partes las cumple el interno el 29/11/09, aplicándose un adelantamiento extraordinario por un periodo de 125 días; conforme al artículo anteriormente citado procede el adelantamiento hasta un máximo de 90 días por año transcurrido de cumplimiento efectivo, requiriendo cumplimiento continuado de actividades en programa de desintoxicación (en el supuesto que nos ocupa), constatándose que el interno ingreso en la U.A.D. con fecha 02/11/07 con una evolución muy favorable alcanzando el nivel II de deshabitación con fecha 01/03/08, y nivel III de derivación en fecha 01/07/09, considerando su historial toxicológico (inicio del consumo dependiente de heroína a los diecisiete años, consumo dependiente de alcohol desde los dieciséis) con alto nivel de abstinencia.

Se aprueba la concesión de la Libertad condicional especialmente anticipada a las 2/3 partes por un periodo de 125 días, al penado V.C.H., propuesta por unanimidad en fecha 27/08/09 por la Junta de tratamiento del Centro Penitenciario Madrid IV, con las siguientes normas de conducta:

- 1.- Continuidad del tratamiento de deshabitación a través del centro de referencia (CAID sur), conforme al programa propuesto por los servicios sociales penitenciarios que obra en las actuaciones.
- 2.- Residencia en el domicilio designado en el expediente.
- 3.- Custodia familiar por la madre.
- 4.- El penado deberá solicitar autorización a éste Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para cualquier desplazamiento fuera de la Comunidad en la que fija su residencia.
- 5.- Seguimiento por le Servicios Sociales Penitenciarios.

La presente resolución es ejecutiva sin necesidad de esperar a la firma de la misma.

## **8.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 2 DE GALICIA DE FECHA 15/09/09**

**Estima queja del interno sobre adelantamiento de libertad condicional sin previa propuesta del centro penitenciario.**

En este Juzgado se tramita expediente, en virtud de escrito remitido por el interno J.A.F.R., del Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar (Orense), interponiendo una petición de adelantamiento de la libertad condicional.

En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece que el Juez de Vigilancia Penitenciaria 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 el expediente, procede la estimación planteada y aprobar el adelantamiento de la libertad condicional del interno J.A.F.R. por un total de 180 días, correspondientes a los años 2007 y 2008, pues viene realizando, desde diciembre de 2006, un programa de rehabilitación de su toxicomanía en la “Comunidad Terapéutica” del Centro Penitenciario de Ourense, con una favorable evolución en su tratamiento que ha posibilitado que la Junta de Tratamiento, en su sesión de 30-04-09, acordase, por unanimidad, su progresión a tercer grado - régimen abierto, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 182 del Reglamento Penitenciario (derivación a una institución externa para la continuación del proceso terapéutico). El interno cumple una condena que suma un total de 15 años de prisión (5.475 días), con abono de prisión preventiva de 183 días e inicio el cumplimiento de su condena el 11-08-2000, teniendo cumplida la mitad de la condena desde el 08-08-2007.

Se estima la petición del interno J.A.F.R. y se acuerda aprobar el adelantamiento de la libertad condicional por un total de 180 días correspondientes a los años 2007 y 2008.

## 9.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 11/12/09

**Denegación por pertenecer a organización criminal, modifica condiciones del tercer grado.**

Por el CIS de Huelva se remitió al Juzgado expediente de Libertad Condicional relativo al penado R.R.C. Dado traslado al Ministerio Fiscal, ha informado en sentido desfavorable a la concesión del beneficio de libertad condicional.

En el presente caso se propone por el Centro Penitenciario la concesión del beneficio de la libertad condicional al amparo del artículo 205 del Reglamento Penitenciario en relación al artículo 91 del Código Penal, es decir, con adelantamiento la concesión del beneficio a la fecha de cumplimiento de las 2/3 partes de cumplimiento de la condena.

El artículo 91 del mismo texto legal establece las circunstancias excepcionales que deben concurrir para la concesión del beneficio a la fecha de cumplimiento de las 2/3 partes de la condena, como en este caso propone el Centro Penitenciario.

Dicho precepto literalmente señala “Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”.

La Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio (BOE 01-07-2003), de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de la penas, que da redacción al vigente artículo 91 del Código Penal referido, también establece en su Disposición Transitoria Única, que la referida Ley será aplicable respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la

libertad condicional desde su entrada en vigor, con independencia del momento de su comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual esté cumpliendo condena.

En el presente caso, el interno está extinguiendo condena impuesta por sentencia del Tribunal Extranjero en la que, como indica el Ministerio Fiscal, consta la comisión del delito en el seno de organización criminal, circunstancia que impide, en aplicación de la norma descrita en el Razonamiento Jurídico anterior, la concesión del beneficio a la fecha de cumplimiento de las 2/3 partes de la condena.

Sin embargo, todo ello no impide valorar como muy positivo la evolución penitenciaria del interno que ha permitido un informe favorable por unanimidad de la Junta de Tratamiento para la concesión del beneficio a las 2/3 partes de la condena, y en consecuencia, si bien por aplicación del citado precepto no es posible la concesión del repetido beneficio, si cabe que el penado disfrute de un régimen de tercer grado ampliado a las mismas condiciones que el Centro Penitenciario propone para el disfrute del beneficio de libertad condicional, es decir, dado que el penado disfruta del tercer grado artículo 86 del Reglamento Penitenciario con control telemático, procede que realice las mismas presentaciones durante el tercer grado que se establecen para el disfrute del beneficio, y demás condiciones propuestas, sin perjuicio de que, caso de incidencia negativa se comuniquen a este Juzgado por el Centro Penitenciario y de que, próxima la fecha de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, se eleve por el Centro Penitenciario nuevo expediente de libertad condicional a favor del interno.

Se deniega la concesión del beneficio de libertad condicional para la fecha de cumplimiento de las 2/3 partes de la condena al penado R.R.C.

Se acuerda modificar las condiciones de disfrute del tercer grado penitenciario del interno en los términos expuestos en el razonamiento jurídico segundo.

# **CAPÍTULO 3**

## ***CLASIFICACIÓN***





## **PROGRESIÓN A TERCER GRADO**

### **10.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TENERIFE DE FECHA 17/07/09**

**Estima recurso por pronóstico medio - bajo y desconocerse la naturaleza del delito cuyo enjuiciamiento se encuentra pendiente.**

Que por escrito de la Letrada en nombre del interno se interpuso recurso de apelación contra el Auto de fecha 1 de Junio de 2009 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Canarias por el que se desestimaba el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Centro Directivo de 23 de marzo de 2009 por el que se deniega la progresión de aquel al tercer grado. El interno había sido condenado por un delito contra la salud pública (droga que causa grave daño a la salud) a la pena de tres años y diez meses de prisión habiendo comenzado a cumplir el 28 de junio de 2009 si bien ha de abonarse el periodo que estuvo en preventiva desde el 10 de enero de 2009 (179 días) según liquidación efectuada en la Sala. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación por informe de 21 de junio de 2009, siendo remitido a esta Audiencia el 10 de Julio.

Repartido en Sala se formó rollo y designó ponencia, y se señaló el día de hoy para deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones, quedando el recurso visto para resolución.

La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación del condenado, y esas penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados, sin que en

ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

El tratamiento penitenciario consiste, precisamente, en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, que se basa en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad. Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se haya señalado y siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior.

Tal y como señala el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado depende de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno y entraña un incremento de la confianza depositada en él, hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad, pero dicho precepto debe ser integrado con el 102 del mismo texto legal, que regula los criterios generales de clasificación de los internos, que no son otros que su personalidad, 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, y ello por cuanto que la progresión a tercer grado no es sino la relajación de los mecanismos normales de control de la vida del interno en el régimen ordinario o segundo grado, mediante la concesión de un más amplio espacio de libertad, lo que, evidentemente, no debe hacerse si no es con una cierta garantía de éxito en la utilización de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena, de modo que (vid. artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario) la clasificación en tercer grado se aplicará únicamente a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad.

En el interno se cumplen tales circunstancias, tal y como señala el Ministerio fiscal en su informe, cuyo contenido se integra en esta resolu-

ción, y cuya transcripción obviamos por elemental cuestión de economía procesal, pero que deja bien a las claras que nos hallamos ante un penado plenamente integrado para la vida en semilibertad, con trabajo y estabilidad familiar, habiendo cumplido en fecha actual más de la cuarta parte de la pena (el 12 de Junio de 2009), y sin que conste la naturaleza del delito cuyo enjuiciamiento se encuentra pendiente, por lo que se desconoce si conllevará o no pena privativa de libertad, debiendo en consecuencia revocar la resolución impugnada al reunir las condiciones necesarias para progresar de grado al contar con un pronóstico criminal medio-bajo y evaluación destacada en las actividades desarrolladas en el centro.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el interno contra el Auto de 1-06-2009 que se revoca y deja sin efecto y en consecuencia se concede el tercer grado penitenciario.

#### **11.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 14/09/09**

**Estima recurso. Cuestiona la aplicación retroactiva del requisito de la responsabilidad civil.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno A.R.M. del Centro Penitenciario Madrid VI, por el que interponía recurso contra el mantenimiento en segundo grado.

La clasificación penitenciaria tiene su base en la evolución en el tratamiento del interno, procediendo la progresión de grado cuando se advierte una evolución positiva en aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva que lleven a acrecentar la confianza que se tiene en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, para lo cual es preciso tener en cuenta la conducta global del interno (artículos 65.2 de la Ley Orgánica General

Penitenciaria y 106.2 del Reglamento Penitenciario aprobado por R.D 190/1996 de 9 de Febrero). Pues bien, en el caso que nos ocupa y a tenor de la documentación obrante en el expediente concurren las condiciones necesarias para la progresión de grado del interno.

En el presente caso el interno cumple una condena total de 35 años, 21 meses y 14 días, cumplió la 1/4 parte el 10-01-94, y la mitad de la misma el 16-06-99, estando previsto su licenciamiento definitivo para el 19-02-10, observa buena conducta, sin contar en su expediente con sanción disciplinaria alguna. Ha disfrutado de varios permisos, aprobados por este Juzgado, los cuales se han disfrutado sin incidencia negativa alguna.

Ha participado activamente en el propio Centro Penitenciario en las actividades culturales y educativas, siendo su evaluación destacada. Asimismo, posee, entorno favorable estable, lo que garantizan mayor viabilidad en su progresiva reinserción, contando con un pleno acogimiento de su familia. El interno, cuya adicción a sustancias tóxicas, marcó, su entrada en prisión, ha demostrado una firme conducta de superación personal, desde su ingreso en prisión hasta la actualidad abandonando definitivamente las drogas, camino este que deberá seguir y consolidar en un futuro para alcanzar su plena reinserción social.

Frente a los datos de carácter objetivo, que sostiene el Centro Penitenciario y la Fiscalía para denegar el tercer grado, tales como la falta de pago de responsabilidad civil, larga trayectoria delictiva, o la reincidencia delictiva, hay que tener en cuenta las circunstancias subjetivas concretas que concurren en el interno, pues el sistema español es un sistema de individualización científica, no bastando generalidades para justificar la denegación de un beneficio sino observar la conducta del interno para concluir cual es la progresión en su tratamiento, desprendiéndose de los datos concretos que consta la asunción correcta de la normativa institucional. Asimismo debe tenerse en cuenta, que en el momento en que se le revisa la clasificación había disfrutado de varios permisos de salida, aprobados por este Juzgado, como consta en su expediente en aras a su progresiva reinserción social, habiendo participado en varios destinos, teniendo notas meritorias, y manteniendo buena relación con los demás internos y con los funcionarios, contando con apoyo familiar, lo que le avala aun mas en su progresiva reinserción social. El interno ha cumplido ya las 3/4 partes de su condena, estando cercano al licenciamiento defini-

tivo (10-02-10) por lo que la peligrosidad inherente al delito viene a amonarse, en base al efecto intimidatorio de la pena.

En definitiva partiendo de una base sólida en orden a la reinserción del penado ha observado un comportamiento loable dentro de la prisión y fuera de ella (durante los permisos), se encuentra en segundo grado de tratamiento penitenciario, y aunque deriva del delito por el que fue condenado su responsabilidad civil, el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece: “la clasificación o progresión al tercer grado requerirá que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito” pero añade que a tal efecto se debe considerar “la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar su satisfacción futura, la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.”

Es decir, es la propia ley la que, pese a la tajante redacción del primer inciso del apartado 1º del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, establece modulaciones y matizaciones a una rigurosa aplicación del precepto, dando a entender que es posible acceder al tercer grado penitenciario, aún no habiendo satisfecho la responsabilidad civil, por cuanto, posteriormente se introducen elementos de pronóstico futuro sobre la posibilidad de pago de tal responsabilidad.

Y es que, ciertamente, el establecimiento del requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles, plantea, al igual que en el caso de la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, la problemática de que una aplicación rigurosa del precepto parece obviamente contraria al principio de igualdad en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad dado que puede suponer una sanción a los internos por el hecho de no disponer de medios para el abono de dichas responsabilidades, además de suponer una “prisión por deudas” proscrita en nuestro ordenamiento jurídico por tratados internacionales suscritos por España, de obligado cumplimiento según el artículo 10 de la Constitución Española de 1978.

Así en relación con la valoración del requisito expresado, en el artículo 81.3 del Código Penal en orden al pago de las responsabilidades civiles en relación con la concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas de corta duración, el legislador ha hecho expresa excepción a los supuestos de imposibilidad declarada del penado, previsión que el legislador del 2003 olvidó en lo referente al tercer grado penitenciario, sin embargo, la fórmula utilizada de remisión al artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, contempla, aunque sea de manera confusa, dicha excepción.

La confusión de la norma es aún mayor si cabe por la referencia que la última norma citada hace al “singular” cumplimiento de las norma en relación con determinados delitos. Fuera de la consideración que pueda merecer esta aparente graduación de la norma, lo cierto es que la misma parece abundar en la relativización del requisito, de manera que aquel debe ser valorado también en función de la naturaleza del delito cometido.

En el presente supuesto el interno carece de medios económicos para satisfacer la responsabilidad civil íntegramente en la actualidad, pues el trabajo que desarrolló en el Centro Penitenciario, como es comúnmente conocido, es muy inferior al salario mínimo interprofesional, es decir, que no altera la situación de insolvencia del interno, pero existe un compromiso de pago de la responsabilidad civil cuando obtenga un trabajo en el exterior, por lo que el requisito referente a la responsabilidad civil ha de entenderse cumplido siguiendo el criterio de este Juzgado, avalado, entre otros, en los autos de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 509/2004, de 27 de Febrero, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de Julio de 2004, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 2 de Febrero de 2005, y de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de Mayo de 2005, así como la reciente Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 2/2005, aclarada por la 3/2005, pues es la situación patrimonial del interno la que le impide el pago de la responsabilidad civil, no siendo, por tanto, consecuencia de su resistencia al pago.

Además es cuestionable que la exigencia referente al pago de la responsabilidad civil pueda ser aplicada al interno, pues la introducción del citado requisito tiene lugar por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, ley cuya entrada en vigor es posterior a la fecha de comisión de los hechos delictivos por los que el interno cumple condena, y como ha señalado en

reciente resolución la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, auto nº 212/2006 de veinte de enero de 2006, dicha exigencia no puede tener aplicación retroactiva.

Por ultimo cuenta con aptitud positiva hacia el trabajo, por lo que posee oferta laboral en el exterior. Por tanto, debe estimarse el recurso y acordar su progresión a tercer grado, por la vía del artículo 83 del Reglamento Penitenciario, conllevando el presente beneficio penitenciario salidas todos los fines de semana.

Se estima el recurso sobre clasificación de grado interpuesto por el interno A.R.M., del centro Penitenciario Madrid VI, progresándole a tercer grado de tratamiento penitenciario por el artículo 83 del Reglamento Penitenciario, conforme a lo dispuesto en el razonamiento jurídico tercero del presente auto.

## **12.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 19/05/09**

### **Desestima recurso del fiscal basado en la ausencia de pago de responsabilidad civil.**

Que por el Ministerio Fiscal se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, por el cual se acuerda la continuidad en tercer grado de tratamiento del interno J.C.P.B.

Que conferido traslado al interno, presentó alegaciones oponiéndose, aportándose por el Centro Penitenciario el compromiso de pago.

Que según preceptúa el artículo 76.2 f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el Juez de Vigilancia resolverá en base a los estudios de los Equipos de Observación y Tratamiento los recursos referentes a la clasificación inicial y a las progresiones y regresiones de grado.

Que de acuerdo con el artículo 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario, la clasificación en grado de los internos se practicará tras la

adecuada observación, y para la individualización de tratamiento. Y en el presente supuesto, concurren una serie de factores que permiten la clasificación del interno en el tercer grado penitenciario; así, por un lado el informe favorable por unanimidad de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Huelva, que ha llevado a cabo directamente el estudio científico de la personalidad, tipo criminológico, diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, conforme al artículo 64.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, valorando las circunstancias personales y penitenciarias del interno, considerándolo capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad (artículo 102.2 y 102.4 del Reglamento Penitenciario), siendo que basado el recurso del Ministerio Fiscal únicamente en la falta de abono de la responsabilidad civil que le consta, ha resultado acreditado por la documentación remitida que ha firmado el pertinente compromiso de pago conforme a su capacidad económica actual, por lo que deberá ser clasificado en tercer grado artículo 82 conforme al acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto.

Por todo ello concurriendo, procederá desestimar el recurso interpuesto.

Que procede desestimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 21-04-09 y en consecuencia considerar que el interno J.C.P.B., debe quedar clasificado en tercer grado, artículo 82 del Reglamento Penitenciario, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro Penitenciario de esta ciudad para su cumplimiento.



## **CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO POR ENFERMEDAD**

### **13.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 09/01/09**

**Estima recurso y acuerda clasificación en 3º grado por enfermedad grave e incurable (parkinson) siendo la posibilidad de delinquir “nula”.**

Por el interno del Centro penitenciario de Topas M.J.B.B. se remitió a este Juzgado instancia solicitando la progresión a tercer grado, a los efectos de la libertad condicional por razón de enfermedad.

La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, en sesión de fecha 11 de diciembre de 2008 propuso al Centro Directivo la clasificación inicial en tercer grado, artículo 104.4, del Reglamento Penitenciario.

Por el Centro Directivo, el 26 de diciembre de 2008, se ha resuelto la clasificación inicial en segundo grado artículo 100.2. del Reglamento Penitenciario.

Formado el oportuno expediente, se solicitaron los informes pertinentes y una vez recibidos, se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de que procede estimar el recurso y progresarle a tercer 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 se dan tales circunstancias, teniendo en cuenta al mismo tiempo el informe favorable emitido por el Ministerio Fiscal, es procedente la

progresión a tercer Grado de tratamiento del interno M.J.B.B., a los solos efectos de la incoación del expediente de libertad condicional -

Como se desprende claramente del informe del Médico Forense de 9 de diciembre de 2008, la enfermedad de Parkinson que padece M.J.B.B. es grave, progresiva e incurable y la permanencia en prisión puede agravar su salud psíquica, por lo que es necesario que sea tratada fuera del medio carcelario.

Dada su situación física la posibilidad de delinquir es nula. Dicha situación ha sido observada personalmente por este Juzgador.

Seria necesario que se sometiese de forma ambulatoria a un seguimiento por un especialista en psiquiatría en el que pueda depositar su confianza y recibiera apoyo psicosocial.

En consecuencia, procede la concesión del tercer grado de tratamiento.

Es procedente estimar el Recurso de Alzada interpuesto por el interno M.J.B.B., y concederle el tercer grado de tratamiento, artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, a los efectos de incoación de expediente de libertad condicional.

#### **14.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 21/01/09**

**Progresión a 3º grado por enfermedad muy grave con padecimientos incurables; lesión medular con incidencia sobre capacidad ambulatoria.**

Por autos de fechas 2/09/08 y 3/10/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 3 de Madrid se ratificó la resolución de la Administración Penitenciaria de 1/7/08 que acordaba mantener en segundo grado de clasificación al penado

El interno cumple condena a 57 años, 32 meses y 106 días de prisión por la comisión de múltiples delitos (atentado, detención ilegal, lesiones, robo, falsedades, tenencia ilícita de armas, quebrantamiento...). En el año 2002 comenzó a disfrutar de permisos. A comienzos del año 2004 fue pro-

gresado a tercer grado. En el mes de noviembre de 2005 cometió un delito de robo y otro de tenencia de armas prohibidas. En el curso de esa acción recibió un disparo y se le diagnosticó: síndrome de cauda equina, fractura de la tercera vértebra derecha, fractura abierta del cúbito izquierdo, esplenectomía y lesión medular traumática. Fue adicto al consumo de sustancias tóxicas y padece además infección por V.I.H., V H B y V H C (virus de inmunodeficiencia humana, hepatitis B y C).

El informe médico solicitado por este Tribunal a la clínica médico forense, dice lo siguiente: “A la vista del informe médico remitido por el Centro Penitenciario de Madrid y de la exploración realizada, informa: Varón de 43 años de edad. Nacido en Madrid. Ex adicto, HIV positivo, VCH positivo, VHC positivo. Múltiples antecedentes penales.

En el año 2005 sufre lesión medular incompleta por arma de fuego, y paraparesia secundaria, cuya evolución ha sido tórpida en cuanto a la independencia y bienestar, cuyos resultados no solo dependen de la lesión sino de la colaboración del paciente y del ambiente socio-familiar (ambas cosas desfavorables en este caso). También como secuela de la lesión medular sufre dolor neuropático en miembro inferior izquierdo que precisa para su control parches de derivados mórficos.

La paraparesia es una pérdida de fuerza en miembros inferiores que no llega a ser una parálisis o pérdida completa de movilidad. Dado el tiempo transcurrido de la lesión y la patología asociada “dolor neuropático”, podemos considerar irreversible el estado actual.

Exploración actual.

Estado psíquico destaca ánimo disfórico, irritable y reivindicativo.

Acude en silla de ruedas, en caso de deambulacion debe utilizar ortesis (bitutores para estabilizar la marcha) y apoyo con bastones. Fuerza y sensibilidad conservada en miembros superiores.

En conclusión, la limitación funcional para la deambulacion está seriamente comprometida de forma irreversible”.

El penado ha cumplido más de la mitad de su condena. Su conducta en prisión no es buena pues ha sido sancionado en varias ocasiones si bien no consta que tenga actualmente sanciones sin cancelar. El pronóstico de reincidencia se considera muy alto por la Junta de Tratamiento. Solicita la

clasificación en tercer grado al amparo del artículo 104-4 del Reglamento Penitenciario por enfermedad grave e incurable.

El artículo 104-4 del Reglamento Penitenciario prevé la posibilidad de acordar la clasificación en tercer grado por razones humanitarias de los enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

Sobre el concepto de enfermedad muy grave puede decirse que han de considerarse aquellas que comprometen severamente la salud, y, por lo común, aunque no siempre ponen en riesgo la vida del paciente. Por padecimientos incurables han de entenderse aquellos para los que el conocimiento científico actual carece de remedio o solución definitivos, aunque pueda paliar el daño o retrasar la evolución de la enfermedad. Así las cosas al menos dos de las dolencias del interno, la infección por V.I.H. y la lesión medular pueden considerarse enfermedades muy graves y con padecimientos incurables aunque sean susceptibles de tratamiento que aumente la duración y la calidad de la vida.

Se trata por tanto de estudiar cual sea la peligrosidad y capacidad de delinquir del penado. Evidentemente si se atiende al historial delictivo debe hablarse de peligrosidad pues es un historial muy amplio, dilatado a lo largo de años, con comisión de delitos dentro y fuera de los centros penitenciarios, quebrantamiento de condena y mala respuesta final a una anterior clasificación en tercer grado. Ahora bien cuando el reglamento establece que ha de atenderse a la dificultad de delinquir y la peligrosidad prescindiendo de las variables intervinientes en el proceso de clasificación es evidente que relega a segundo lugar el pasado, aunque sin olvidarlo, como es lógico, y pasa al primer plano el presente. Precisamente porque el pasado no puede olvidarse ha de concluirse que las plurales enfermedades pretéritas no menguaron la capacidad de delinquir ni la peligrosidad del interno. Ni la infección por V.I.H. ni la hepatitis fueron obstáculo a su carrera delictiva. Por tanto el Tribunal no tendrá en cuenta esas enfermedades como factor de disminución de la capacidad de delinquir. No puede decirse lo mismo de la lesión medular y su incidencia sobre la capacidad ambulatoria del penado. El historial de éste se caracteriza por la comisión de una pluralidad de delitos violentos en los que la agilidad y la fuerza corporales ayudan a la comisión del delito -detención ilegal, atentado,

robo...- y a asegurar la fuga y en esos delitos el penado ha sido protagonista como autor, no como cooperador o inductor. En este momento dadas las limitaciones físicas del penado su capacidad para delinquir debe considerarse seriamente disminuida y la peligrosidad entendida como probabilidad de comisión de nuevos delitos, notoriamente baja.

El penado cuenta además con serios apoyos externos que facilitan ese pronóstico. Ciertamente con alguno de ellos ya contaba, cuando, tras su clasificación en tercer grado, reincidió en el delito. Pero a ellos ha de unirse ahora la oferta de una institución religiosa y de un sacerdote de auxiliarse económicamente, de facilitarle actividades de rehabilitación y de acogimiento personal en el propio domicilio.

Así las cosas concurren los requisitos reglamentariamente previstos para acceder al tercer grado por la vía del artículo 104-4 del Reglamento Penitenciario: presencia de enfermedades muy graves, presencia de padecimientos incurables y baja peligrosidad y capacidad de delinquir. Se acordará pues la progresión del penado al tercer grado de clasificación.

Deben aún decidirse dos cuestiones: el régimen que debe ser inherente a tal grado de clasificación y las garantías y cautelas que han de tomarse para asegurar, más allá de las limitaciones físicas del penado, su buena conducta dentro de ese régimen.

A) En cuanto al régimen, carece de sentido el régimen abierto restringido a la espera de un trabajo que difícilmente ha de llegar, más cuando el penado tiene una grave discapacidad que debería llevarle a solicitar algún tipo de pensión económica si no lo ha hecho ya, y cuando cuenta con el apoyo económico de personas e instituciones serias. Tampoco tiene sentido dadas sus limitaciones el régimen abierto común con regreso al Centro Penitenciario todas las noches salvo los fines de semana en su caso. Si al interno, en sus condiciones, se le ofrece una casa donde vivir ha de vivir en ella (aunque se desplace a otros lugares, como es lógico) sin perjuicio de los controles que puedan establecerse de orden telemático, telefónico o similares. Es decir debe aplicarse el artículo 86-4 del Reglamento Penitenciario, limitándose al mínimo indispensable la presencia del interno en el Establecimiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

B) En cuanto a las garantías y cautelas que se exigen serán las siguientes:

- Las personas e instituciones que acogen al penado deberán informar cada cuatro meses de su evolución a la Junta de Tratamiento del Centro del que aquél dependa, y a este Tribunal.
- Antes de acoger al penado deberán garantizar que han entrado en contacto con las redes sanitarias oficiales para asegurar el tratamiento del mismo fuera del Centro y facilitar el domicilio y teléfono en el que pueda ser localizado.
- Cualquier desplazamiento del penado, aun por motivos de tratamiento médico, fuera de la provincia de Madrid deberá ser autorizado por este Tribunal. Otro tanto deberá hacerse en caso de cambio de domicilio, que, además, se comunicará al Centro Penitenciario de que dependa.

En atención a todo lo expuesto La Sala dispone:

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por el interno, revocamos los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 3 de Madrid, y acordamos la progresión del interno al tercer grado de clasificación en los términos expuestos en el sexto y séptimo razonamientos jurídicos de esta resolución; con declaración de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente recurso.

## **MEDIOS TELEMÁTICOS**

### **15.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 05/11/09**

#### **Acuerda aplicación de dispositivo telemático.**

Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno F.J.B.C. del Centro Penitenciario de Huelva formulando recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 23-09-2009, por el que se le deniega la aplicación de dispositivo telemático.

La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación, con arreglo a la legislación vigente (artículo 25 de la Constitución Española y artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Las penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados (artículo 72.1 de la ley), sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (artículo 72.4), definiéndose precisamente el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados (artículo 59.1), que se basará en los principios de estudio científico de la personalidad diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad (artículo 62). Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se haya señalado (artículo 63 de la ley) y siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en las condiciones para ello podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior (artículo 72.3). Conforme al artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, para la individualización del tratamiento se realizará la clasificación del interno para su destino al establecimiento penitenciario que sea más adecuado, clasificaron que deberá tener en cuenta no solo la per-

sonalidad 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 momento para el buen éxito al tratamiento. Desarrollando dicho precepto, el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario señala que la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, están capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad. Para ello, es bueno reproducir el artículo 102 del Reglamento Penitenciario, que esencialmente reitera lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y establece las condiciones mínimas que deben concurrir para que se produzca una clasificación en tercer grado, estableciendo en sus puntos 1, 2 y 4 como “variables y criterios de clasificación” 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 ha señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquel.
- 2- Para determinar la clasificación se ponderaran 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.
- 4- La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, están capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Como consecuencia de todo lo anterior, la progresión de grado depende como indica el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno, y entraña un incremento de la confianza depositada en él, hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad, pero tal precepto debe ser integrado con el 102 del mismo Reglamento Penitenciario que regula los criterios generales de clasificación de los internos, que no son otros que su perso-



alidad, 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, momento para el buen éxito del tratamiento. Porque, en definitiva, la progresión a tercer grado no es sino la relación de los mecanismos normales de control de la marcha del interno en el régimen ordinario o segundo grado, concediéndole un más amplio espacio de libertad, lo que obviamente no debe hacerse si no es con una cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena.

Valorando en el presente caso los anteriores criterios y concretamente las circunstancias del artículo 102 del Reglamento Penitenciario debe señalarse:

Interno condenado por un delito contra la salud pública a una pena de 18-00-00.

Las fechas de cumplimiento de la condena son las siguientes:

S.B.: 1/4 03-04-08; 1/2 01-10-12; 2/3 01-10-15; 4/4 29-09-21

Se dan los siguientes factores de adaptación:

- Buena conducta penitenciaria.
- Correcta participación en actividades programadas.
- Apoyo familiar.
- Existencia de oferta laboral contrastada.
- Primariedad delictiva.
- Ausencia de adicciones.
- Planificación realista del proceso de reinserción social.

Siendo el pronóstico actual de reincidencia: bajo.

La propia Junta de tratamiento propone el tercer grado, artículo 86.4-T del Reglamento Penitenciario por unanimidad.

Se estima el recurso del interno F.J.B.C. del Centro penitenciario Huelva contra el acuerdo de la Dirección General de Coordinación

Territorial y Medio Abierto de fecha 23-09-2009 manteniéndole en tercer grado de tratamiento artículo 86.4-Telemático del Reglamento Penitenciario.

## **16.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 1 DE FECHA 29/04/09**

### **Aplicación de la modalidad del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario por insuficiencia de plazas en CIS y Secciones Abiertas.**

Con fecha 27 de marzo de 2009, este juzgado remitió a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, una propuesta al amparo de lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; en esa propuesta se comunicaba a la citada Autoridad que los internos clasificados en tercer grado que permanecían en el Módulo de Ingresos del Centro Penitenciario Madrid III, debían pasar inmediatamente a alguna de las dependencias previstas en el artículo 80 del Reglamento Penitenciario, sin que en lo sucesivo dicho módulo pudiera albergar a internos clasificados en tercer grado.

Tal propuesta no ha sido contestada al día de la fecha. El día 20/04/2009 con ocasión de una visita efectuada al Centro Penitenciario Madrid III se pudo conocer que en ese módulo de ingresos continuaban ubicados 9 internos, entre ellos J.N.A., todos ellos clasificados en tercer grado. Por tal motivo se inició la presente queja de oficio, de la cual se dio traslado al Ministerio Fiscal.

Según el artículo 9 de la Ley Orgánica General Penitenciaria los establecimientos penitenciarios se organizan separadamente para hombres y mujeres y son de dos tipos: de régimen ordinario y régimen abierto.

Por su parte el artículo 80 del Reglamento Penitenciario, enumera los distintos establecimientos penitenciarios de régimen abierto, sin que entre ellos aparezcan los Módulos o Departamentos de ingreso. Ese mismo precepto establece que los internos clasificados en tercer grado son los que deben ocupar los distintos Establecimientos de régimen abierto es decir a

los Centros Abiertos o de Inserción Social, las Secciones Abiertas, o las Unidades Dependientes.

No es posible por ello que internos clasificados en tercer grado se encuentren destinados fuera de los lugares que se han descrito anteriormente. Sin embargo en el Centro Penitenciario Madrid III, desde hace bastantes meses el Módulo o Departamento de Ingresos viene albergando de manera constante a internos clasificados a tercer grado. Claramente la insuficiencia de plazas en los CIS, y en las Secciones Abiertas está repercutiendo de manera negativa en las condiciones de vida de los internos clasificados en tercer grado.

Ante la situación descrita y como quiera que la propuesta que este juzgado efectuó el 27 de marzo de 2009 no ha sido puesta en práctica, procede para garantizar los derechos del interno J.N.A., acordar que su clasificación en tercer grado, adquiera la modalidad prevista en el artículo 86-4º del Reglamento Penitenciario, de tal forma que siempre y cuando que dicho interno voluntariamente lo acepte el mismo pase inmediatamente a residir en su domicilio, donde se le instalará un dispositivo telemático de control para comprobar que pernocta en el mismo las ocho horas que exige dicho artículo.

Si el citado dispositivo no pudiera ser instalado por razones técnicas, desde la Administración Penitenciaria se adoptarán los controles presenciales que estime oportuno. En cualquier caso la salida del interno a su domicilio se producirá de forma inmediata.

Se clasifica a J.N.A., en tercer grado en la modalidad prevista en el artículo 86-4º del Reglamento Penitenciario, de tal forma que si dicho interno voluntariamente lo acepta, pasará inmediatamente a residir en su domicilio, donde se instalará un dispositivo telemático de control, para comprobar que pernocta en el mismo las 8 horas que exige dicho artículo.

Caso de no ser posible por razones técnicas la colocación de tal dispositivo, la Administración Penitenciaria adoptará los controles presenciales que estime oportuno. De cualquier forma la salida del interno del Departamento de Ingresos se producirá inmediatamente.

## **PERMANENCIA EN SEGUNDO GRADO**

### **17.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALMERIA DE FECHA 31/03/09**

**Estima recurso del fiscal contra acuerdo de progresión a 3º grado por la naturaleza del hecho y encontrarse el penado en periodo inicial de cumplimiento.**

Que en este Juzgado se ha recibido escrito del Ministerio Fiscal de fecha 9 de septiembre de 2008, interponiendo recurso de queja contra el Acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias de fecha 19 de junio de 2008 en virtud del cual se progresaba a tercer grado penitenciario al interno J.A.J.F.

Es objeto del presente recurso planteado por el Ministerio Fiscal la impugnación que, por el mismo se hace, del Acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias de fecha 19 de junio de 2008 en virtud del cual se progresaba a tercer grado penitenciario al interno J.A.J.F.

Entrando a resolver sobre el fondo del asunto y para la adecuada resolución del presente recurso se han de hacer unas consideraciones previas que permitan establecer, aunque de forma breve, una composición de lugar y situar dentro de ésta la resolución a adoptar.

De esta manera es necesario comenzar diciendo que resulta cierto que el artículo 25.2 de la Constitución Española al establecer que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social contiene tan sólo un mandato dirigido, en primer término, al legislador penal y penitenciario, que, aunque puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente en sí mismo de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles de

amparo constitucional (sentencia Tribunal Constitucional núm. 204/1999 de 8 de noviembre y otras muchas anteriores). Ahora bien, como indicamos, dicho precepto constitucional sienta las bases del sistema de ejecución penitenciaria más acorde con los postulados del Estado social y democrático de derecho en el que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 se constituye España. Es en función de estos principios explicitados constitucionalmente, que probablemente no constituyan las únicas finalidades de la pena, pero de los que obviamente no se puede prescindir, como la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario regulan un sistema de cumplimiento de penas basado en la individualización científica y separación por grados.

El artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria declara, de forma acorde con el indicado artículo de la Constitución, que el «fin primordial» de las instituciones penitenciarias es la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad. Con el mismo carácter de fin primordial también señala «la retención y custodia de detenidos, presos y penados». Lo que claramente deja constancia de la doble finalidad preventivo general y preventivo especial de la pena que asume el sistema penitenciario para la ejecución de las penas privativas de libertad. De esta manera, mientras la primera obliga a realizar la condena impuesta en el momento judicial como concreción de la conminación prevista por la ley, la segunda habrá de influir sobre todo en la forma de cumplimiento de la privación de libertad.

Para alcanzar las indicadas finalidades la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario regulan un sistema de cumplimiento de penas basado en la individualización científica y separación por grados, el último de los cuales será el de libertad condicional (artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), siendo lo esencial en cada momento el pronóstico del penado, de tal manera que, conforme a aquél, será situado inicialmente en el grado que le corresponda, y si «de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulta 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». También se establece en este precepto «que 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». Los grados penitenciarios son a su vez los determinantes del régimen penitenciario.

El sistema de individualización científica se caracteriza, por tanto, por su gran flexibilidad y permite que el penado, dependiendo de sus particulares condiciones, pueda ser situado inicialmente en cualquiera de los grados penitenciarios, incluso directamente en el tercer grado, que conllevará el régimen abierto en cualquier de sus modalidades.

Por tanto, la clasificación del penado, tanto la inicial, como la que resulte de su evolución en el cumplimiento de la condena, responde a una previsión legal -recuérdese la plena vigencia del principio de legalidad en la actuación penitenciaria (artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria)- en función de una serie de parámetros predefinidos en la Ley y el Reglamento, con la obligación de ser adaptada en cada momento a la situación existente mediante un sistema de revisión periódica. Establece el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que para la clasificación de los penados debe tomarse 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. El artículo 102 del Reglamento Penitenciario añade que serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad (parr. 3). 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 (pár. 4). Por último, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada.

El artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 106 Reglamento establecen que la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al centro penitenciario adecuado, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

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 mayor libertad. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el

interno, en relación con el tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno (artículo 65.2.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.3 del Reglamento Penitenciario). Por ello, cualquier acuerdo de progresión o regresión de grado es reversible en función de los parámetros de conducta del interno.

Es de recordar que el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece en su número 4 un imperativo, que salvaguarda tanto el derecho del penado a encontrarse clasificado en todo momento en el grado más adecuado, como la correcta consecución del fin legalmente asignado a la pena: «En ningún caso se mantendrá a un interno en grado inferior cuando, por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión.»

La clasificación en tercer grado de tratamiento está prevista en el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario, y viene determinada (artículo 102.2 ) por la ponderación de: a) la personalidad del penado; b) su historial individual, familiar, social y delictivo; c) la duración de las penas; d) el medio social al que retorne el interno, y e) los recursos, facilidades y dificultades existentes en el caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Por tanto el criterio único para la clasificación en tercer grado que establece este precepto es la clasificación en tercer grado al interno que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, esté capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, y para determinar si tiene o no esta capacidad habrá que tener en cuenta, pues, la totalidad de los criterios que señala el mismo artículo 102 del Reglamento en su núm. 2, ya citado, en concordancia con los preceptos citados de la Ley Orgánica.

En este caso, centrado el recurso del Ministerio Fiscal, como se ha dicho, en el incumplimiento de los requisitos legales, especialmente porque no ha transcurrido tiempo de estudio suficiente de observación del interno que permita obtener un adecuado conocimiento del mismo así como de la concurrencia de los factores que contempla el citado artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario.

Pues bien, analizado el expediente penitenciario no resultan elementos objetivos que permitan establecer un pronóstico favorable de que el penado pudiera llevar una vida en semilibertad alejada del delito.

Se acredita, es cierto, una oferta de trabajo fijo en la empresa de Fernando Benavente Fernández, de carácter agrícola, y en el expediente consta que dispone de domicilio fijo y de vinculación familiar, lo que ciertamente constituyen factores favorecedores de la reinserción.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, la naturaleza del hecho, se trata de un delito contra la salud pública, delito que por su naturaleza exige un alto grado de planificación, y parece evidente que, aunque no haya condenas anteriores, no se trata de un delito ocasional, o de impulso, sino de una acción criminal que pone de manifiesto por sí sola un cierto grado de organización, pues nadie que no esté inserto en el ambiente del tráfico de drogas podría dedicarse a dicha actividad de una u otra forma. También debe tenerse en cuenta que se trata de un delito de muy frecuente comisión, por lo que debe dar lugar a una mayor prevención en orden al cumplimiento de las penas, y que la condena impuesta en su día lo fue a 4 años de prisión.

Finalmente, tampoco podemos dejar de lado que, aunque no existan requisitos temporales en sentido estricto, se trata de la clasificación inicial y de que, pese a los poco más de dos meses de prisión preventiva, nos encontramos aún en los primeros momentos del cumplimiento de la pena, en la que cuando se produjo la clasificación impugnada no se alcanzaba ni siquiera la cuarta parte de la condena, téngase en cuenta que el primer cuarto de la condena lo cumplía el 2 de Diciembre de 2008 y la extinguiría el 2 de diciembre de 2011, por lo que ni siquiera era posible aún la concesión de permisos penitenciarios que permitieran calibrar qué vida podría llevar el penado en un régimen de semilibertad.

Ciertamente, la Ley Orgánica General Penitenciaria no señala propiamente requisitos temporales para la clasificación. Tanto los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica como, en su desarrollo, los artículos 241 y siguientes del Reglamento, lo que establecen son una serie de criterios de clasificación que han de tenerse en cuenta tanto para la clasificación inicial (artículos 63 y 64.2 de la Ley Orgánica), como las nuevas clasificaciones y la progresión (artículo 65.2 de la misma Ley), entre los cuales no se menciona como factor esencial el tiempo transcurrido en prisión, de modo que, tal como señala el artículo 72.3 de la Ley, en la redacción vigente cuando se inició este expediente, resulta posible incluso la clasificación inicial en grado superior, sin necesidad de pasar necesariamente por los que le preceden.



El único requisito temporal se establecía en el artículo 251 del Reglamento anterior, de 1981, cuyo primer texto exigía un mínimo de cumplimiento de un cuarto de la pena para la clasificación en tercer grado, si bien una modificación posterior se limitaba a fijar condiciones especiales para la clasificación en tercer grado de los internos que no tengan cumplida la cuarta parte de la totalidad de la condena, aunque exigía, en todo caso, una permanencia mínima en el centro de dos meses para conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables.

Pero incluso el Reglamento actual, en el artículo 104.3, da un paso más, ya que al tiempo que mantienen las condiciones especiales para quienes no tengan extinguida una cuarta parte de la condena, suprime la citada exigencia mínima de dos meses, limitándose a requerir “el tiempo de estudio suficiente” con la misma finalidad ya señalada.

Estos preceptos se encuentran ahora afectados por lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que ha modificado el artículo 36 del Código Penal de modo que ahora el núm. 2 del mismo precepto impide la clasificación en tercer grado hasta que no se haya cumplido la mitad de la pena impuesta cuando ésta sea superior a cinco años; así como el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que ahora establece en sus apartados 5 y 6 que requisitos adicionales, tales como la satisfacción de la responsabilidad civil, lo que ha de tenerse en cuenta “singularmente” cuando se trate de determinados delitos. Pero la nueva norma no es aplicable en este caso, ya que la pena impuesta no es superior a cinco años de prisión.

Pero esta falta de exigencia de requisitos temporales en sentido estricto ha de ponerse necesariamente en relación con el tipo de delito y con la propia naturaleza de la pena, que no hay que olvidar que, además de la finalidad resocializadora que señala el artículo 25.2 de la Constitución, también tiene fines de prevención general y especial, esto es, de intimidación al conjunto de la sociedad y al propio delincuente para disuadir mediante ella de la comisión de nuevos delitos. Esto significa que cuando se trata de delitos graves, como es el que se trata en este caso, la pena ha de identificarse por el conjunto social y por el afectado como una sanción efectiva. De otro modo, de tenerse en cuenta exclusivamente las posibilidades laborales externas y la inserción familiar, que es lo que en definitiva se alega en el recurso, se llegaría al sin sentido de que quien dispusiera de ellas podría

delinquir con una cierta impunidad, pues tendría que ser clasificado inmediatamente con un régimen de semilibertad.

No debe perderse de vista en ningún momento que las sentencias son las que son y han de ejecutarse en sus propios términos, y si hay algún imperativo de justicia para reducir las penas impuestas, debe encontrar su cauce por la vía del indulto y no por la vía de una ejecución suavizada de las sentencias firmes. Por ello se ha valorado también en esta resolución si la finalidad retributiva de la pena, absolutamente necesaria, que no se ha cumplido ni mínimamente, dada la escasa fracción de la misma cumplida en régimen ordinario, puesto que es evidente la necesidad de un tiempo de retribución para que la persona presa asuma la responsabilidad por los hechos delictivos cometidos, y ello, aunque no se pueda predecir el efecto intimidativo de la pena, circunstancias que no se darían en este supuesto de disfrutar el interno, casi desde inmediato de su ingreso, de un régimen de vida en semilibertad. Por lo tanto, se puede concluir, que lo que sería lógico, favorable y congruente con la finalidad de la pena es el cumplimiento de un tiempo razonable de observación del interno donde comprenda la ilicitud de su comportamiento y se observe la también necesaria finalidad retributiva de la pena, lo que lleva a estimar el recurso interpuesto al no haberse patentizado una evolución suficientemente favorable, por el momento, que permita inferir una capacidad para llevar en lo sucesivo una vida alejada del delito.

Estimar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias de fecha 19 de junio de 2008 en virtud del cual se progresaba a tercer grado penitenciario al interno J.A.J.F. y, en consecuencia, revocar dicha resolución que se deja sin efecto, y acordar la clasificación relativa al referido interno en el segundo grado de tratamiento.

## **18.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 26/10/09**

**Estima recurso del fiscal contra acuerdo de progresión a 3º grado al estimar el riesgo de reincidencia muy elevado.**

El día cinco de octubre se recibió en este Juzgado escrito del Ministerio Fiscal, interponiendo recurso contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 18-09-09 en que se acuerda la progresión a tercer grado de tratamiento de F.J.M.L, interesando su clasificación en segundo grado por los motivos que expone en dicho escrito.

Se dio traslado al interno y por el letrado, en su nombre y representación, se presentó escrito de alegaciones, interesando la desestimación del recurso del Ministerio Fiscal.

Conforme se dispone en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, resolver en base a los estudios de los equipos de observación y tratamiento, y en su caso, de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial, a progresiones y regresiones de grado.

En los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria se fijan las normas relativas a la clasificación del tratamiento, según el sistema de individualización científica. En este sentido, el artículo 63 dispone que para la clasificación se ha de tener en cuenta "...no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena, medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento"; y en el artículo 65 "...la evolución del tratamiento determinará una nueva clasificación (...)", desarrollándose este precepto en el artículo 102 del Reglamento Penitenciario actualmente vigente.

El Ministerio Fiscal impugna el acuerdo de fecha dieciocho de septiembre de dos mil nueve de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias -Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto- en el que se clasifica en tercer grado de tratamiento, del artículo

82.1 del Reglamento Penitenciario, a F.J.M.L., considerando la primariedad delictiva del interno, su participación en actividades de tratamiento, apoyo familiar y posibilidades de reinserción. Este acuerdo se dicta previa propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Soria que por unanimidad estima que el interno debe de estar clasificado en segundo grado de tratamiento.

Del análisis de la documentación que obra en autos resulta que en el interno, condenado a tres años de prisión por un delito contra la salud pública, persisten los factores concurrentes en la génesis delictiva que le llevaron a su ingreso en prisión; asimismo, consta el elevado riesgo de recaída en el consumo de drogas/alcohol, la falta de resistencia a estímulos criminógenos, la falta de formación profesional y de hábitos laborales, así como, con la ausencia de oferta laboral; factores cuyo análisis conjunto permite concluir que el riesgo de reincidencia existente en la actualidad es muy elevado y que es preciso que la pena surta el adecuado efecto intimidatorio antes de que el interno disfrute de un régimen de vida en semilibertad; en consecuencia, el recurso presentado por el Ministerio Fiscal ha de prosperar.

Se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de fecha dieciocho de septiembre de dos mil nueve, de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias -Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto-, que acordaba la progresión a tercer grado de tratamiento de F.J.M.L., interno en el centro penitenciario reseñado en el encabezamiento de esta resolución; acordando su mantenimiento en segundo grado de tratamiento.

## 19.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NUMERO 3 DE FECHA 15/12/09

**Estima recurso del fiscal contra acuerdo de progresión a 3º grado. Necesita una mayor contención ya que no se aprecia una evolución suficientemente favorable”.**

Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno J.L.S. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez (actualmente en el CIS Victoria Kent), en la que el Ministerio Fiscal interpone recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13-10-2009, por el que se progresa al Interno a tercer grado de tratamiento.

Se dio traslado del recurso del Ministerio Fiscal al interno para que formulara alegaciones, que han quedado unidas a las actuaciones, acordándose por este Juzgado se realizara informe sobre la procedencia del tercer grado por la psicóloga adscrita a éste, que queda unido a las actuaciones.

En relación con las pruebas solicitadas por el letrado del Interno con carácter previo a la resolución del Juzgado no ha lugar a su práctica al considerarse innecesarias toda vez que con el recurso del Fiscal se aporta el protocolo completo de clasificación que sirvió de base a la resolución de la Dirección General, y, por otro lado, en cuanto a los informes que solicita del Centro de tercer grado en que está internado tampoco son necesarios, pues se trata de determinar si en el momento en que se progresó a tercer grado al interno dicha progresión es ajustada a Derecho, siendo indiferente por ello el comportamiento y vicisitudes posteriores a dicha clasificación, y la práctica de las pruebas solicitadas únicamente conducirían a retrasar la resolución del recurso,

La clasificación penitenciaria tiene su base en la evolución en el tratamiento del interno, procediendo la progresión de grado cuando se advierte una evolución positiva en aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva que lleven a acrecentar la confianza que se tiene en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, para lo cual es preciso tener en cuenta la conducta global del interno (artículos 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.2 del Reglamento Penitenciario aprobado por R.D

190/1996 de 9 de Febrero), procediendo la clasificación en tercer grado de aquellos internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, estableciendo el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en la redacción dada al mismo por Ley Orgánica 7/2003, que la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición, y que singularmente, se aplicará esta norma cuando el Interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b.- Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c.- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d.- Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

Pues bien, en el caso que nos ocupa y a tenor de la documentación obrante en el expediente el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no es conforme a Derecho por lo que debe ser revocado, atendiendo a los argumentos del Ministerio Fiscal, y fundamentalmente al Informe psicológico efectuado por la psicóloga de este Juzgado de cuyas conclusiones se desprende que no está preparado para una vida en régimen de semilibertad, así se dice expresamente que:

“Con relación a los Informes Psicológicos emitidos por el Gabinete de Psicólogos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en febrero de

2006, junio 2008 y abril del 2009, se aprecian pocos cambios a nivel psicológico. Se puede resumir la situación actual del interno:

- En estos momentos se encuentra en tercer grado de tratamiento penitenciario concedido por la Dirección General de Instituciones penitenciarias en Octubre de 2009, destino CIS Victoria Kent. Está trabajando en una empresa de administración de fincas como auxiliar administrativo desde noviembre de 2009.
- Se mantiene lo referido en los Informes psicológicos previos en lo relativo a su situación personal, laboral y familiar, nos remitimos a lo ya expuesto en dichos informes. Desde el último informe psicológico realizado en este año en abril, el cambio producido se ha debido a la progresión de grado de tratamiento penitenciario. Todos los permisos disfrutados se han realizado con normalidad sin que exista ningún incidente negativo conocido.
- La relación de pareja con su mujer se sigue manteniendo, refiriendo el interno el gran apoyo que recibe de ella así como de sus hijas.
- Sus planes de futuro son trabajar y compartir con su mujer la responsabilidad de educar y apoyar a sus hijas.
- En la entrevista psicológica realizada con el interno este se ha mostrado colaborador. Es una persona correcta y expansiva. No se detecta ninguna alteración en el ámbito psicomotor ni del lenguaje. A través de la evaluación psicológica efectuada por las pruebas se aprecian alteraciones psicológicas que aunque no revistan el carácter de patología si deben ser tratadas de forma individualizada. En la evaluación e interpretación del Rorschach se aprecian alteraciones en el ámbito sexual que deberían ser tratadas a través de un tratamiento psicológico individualizado. Ha efectuado diversos tratamientos psicológicos que han mejorado su responsabilización en la comisión del delito si bien no es suficiente para considerar que su posibilidad de reincidencia sea baja.

En la prueba referida se aprecia impulsividad, Inmadurez afectiva y dificultades de relación interpersonal gratificante lo que podría facilitar efectos desestabilizadores que generaran en un futuro, junto a las alteraciones sexuales detectadas, comportamientos de reiteración de su actividad delictiva. Es un sujeto con nivel Intelectual medio alto, tipo de pensamiento abstracto y mecanismos normalizados de autocontrol

comportamental, si bien la interiorización de su autocontrol entendida como capacidad consciente de control comportamental está más limitada.

En la prueba de personalidad aplicada PNP, no se aprecia ningún rasgo patológico.

Asume la autoría del delito pero en cuanto a la responsabilidad del mismo la sigue asumiendo relativamente, tal y como se menciona en los anteriores informes psicológicos emitidos por este Gabinete. Se aprecia una responsabilización racional y cognitiva de su responsabilidad delictiva mientras que su reflexión sobre el delito, entendida como interiorización del mismo, todavía no es lo suficientemente madura para crear estrategias, ya sea de evitación o de cualquier otro tipo, para no volver a incurrir en la misma conducta de agresión.

Se mantiene llamada telefónica con su mujer para intentar mantener una entrevista en el despacho del Juzgado manifestando ésta su imposibilidad de acudir por la mañana ya que su horario de trabajo es de 7,00 h a 16,00 h. Amablemente envía un fax (que se adjunta con el informe) con fecha 9 de diciembre manifestando su total disposición para mantener la entrevista a partir de las 15,00 h. Una vez finalizada la evaluación psicológica al interno no se considera necesaria dicha entrevista para realizar la propuesta del Informe, por lo que se desiste en citarla en una hora posterior a las 15,00 h.

Se sigue apreciando apoyo estable por parte de la familia.

#### Conclusiones:

Una vez valorado o interpretado los datos obtenidos desde una perspectiva psicológica y teniendo en cuenta que el presente informe es fruto del análisis realizado en la actual situación psicológica por lo que si se produjeran cambios en las actuales circunstancias sería necesaria una nueva valoración se considera que:

- Asume la autoría del delito y la responsabilidad sobre el mismo, en parte, ha analizado las causas del delito, ha ido realizando una reflexión sobre el mismo pero no ha creado estrategias para no volver a repetir el comportamiento delictivo por el que cumple condena.
- Se aprecian alteraciones en la estructura psicológica que requieren un tratamiento psicológico Individualizado.



- Existe apoyo familiar.

Por todo ello se considera que el momento actual no es adecuado para la obtención de una progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario ya que tal y como refiere el informe de la Central de Observación sobre la posibilidad de reincidencia se considera que es media y por lo tanto no es adecuado para estar en una situación de semilibertad.”

Por todo ello se considera que aunque el interno en la actualidad mantiene un trabajo, en el momento actual es adecuado que se mantenga en una situación de mayor contención ya que no se aprecia una evolución lo suficientemente favorable para una mayor libertad, siendo conveniente esperar a próximas revisiones”.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal referente al interno J.L.S. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez (actualmente en el CIS Victoria Kent) contra el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13-10-2009, progresándole a tercer grado de tratamiento, artículo 83.1 del Reglamento Penitenciario, que queda sin efecto, recuperando el interno la clasificación anterior a la progresión, es decir, el segundo grado.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Centro Penitenciario y entréguese copia al interno, informándole que podrá formular recurso de reforma ante este Juzgado en el término de tres días.

En ejecución de esta resolución por el CIS Victoria Kent deberá citarse al interno al objeto de que ingrese en prisión en segundo grado de tratamiento, debiendo en caso de que no lo haga voluntariamente comunicarlo a este Juzgado para poder acordar la busca y captura.

## **REGRESIÓN DE GRADO**

### **20.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA DE FECHA 29/09/09**

**Regresión a 2º grado por elevado riesgo de reincidencia delictiva y recaída en el consumo de alcohol.**

Por el apelante se formula recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León por el que se ratificaba la regresión a segundo grado de la recurrente. Considera que concurren las circunstancias precisas para dejar sin efecto dicha regresión, por estar ya en fase de libertad condicional y tener apoyo familiar y social suficiente para poder hacer vida en el régimen de semilibertad en el que se encontraba.

Por el Ministerio Fiscal se opone al recurso y se solicita la confirmación del auto recurrido por sus propios fundamentos.

El artículo 65.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce la posibilidad de que se produzca una regresión de grado en un interno cuando se aprecie en el mismo una evolución desfavorable en su personalidad. Dicho tratamiento debe ser revisado como máximo cada seis meses por imperativo del artículo 65.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del artículo 105.1 del Reglamento Penitenciario. En el presente caso la Junta de Tratamiento aconsejó la regresión al segundo grado en atención a una deficiente vinculación familiar, ausencia de hábitos laborales, ausencia de cualificación laboral, un elevado riesgo de recaída en el consumo de alcohol y/o drogas, comportamiento inestable e inmaduro y un pronóstico de reincidencia medio/alto, manteniéndose por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dicho criterio en el auto recurrido. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 2006, “La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación del condenado, y esas penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados, sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando

por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión. El tratamiento penitenciario consiste, precisamente, en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, que se basa en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad. Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se haya señalado y siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior”. No obstante esta finalidad esencial de la individualización, ésta está obligada igualmente a prever los supuestos en los que el interno sufre una evolución desfavorable y tal como señala el artículo 106.3 del Reglamento Penitenciario, la regresión de grado depende de la modificación negativa o la falta de respuesta adecuada al tratamiento recibido por parte del interno, debiéndose de poner dicho precepto en relación con el artículo 102 del mismo texto legal, que regula los criterios generales de clasificación de los internos, que no son otros que su personalidad, 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.

Desde el punto de vista anterior, considera esta Sala que debe ser confirmado el auto recurrido y mantenido el segundo grado penitenciario con los datos obrantes en las actuaciones y unidos al testimonio remitido, sin perjuicio del resultado de la nueva revisión por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario. El fundamento del tercer grado es una preparación para la situación de libertad del penado, en función de la observación realizada de su actuación en libertad en los diferentes permisos concedidos al penado, que se sitúan como un elemento básico de observación de comportamiento que justificaría la concesión de un grado más avanzado de semilibertad como es el de tercer grado. Si la apelante, que se encontraba en dicho grado no ha respondido adecuadamente al régimen de semilibertad en el CIS de León, es lógico que se configure como una evolución negativa y se proceda a la regresión de grado al no haber elementos suficientes que justifiquen la bondad del mantenimiento de la situación de semilibertad. En tal sentido el informe de la Junta de Tratamiento se adoptó por unanimidad y está debidamente documentado y justificados

los motivos por los cuales se promueve la regresión de grado, sin que las justificaciones dadas por la apelante en los escritos presentados no sean nada más que subjetivas afirmaciones que entran en plena contradicción con relación a los informes tanto de la Junta de Tratamiento como del Centro de Inserción Social de León. Por tanto es adecuado, a la vista de los documentos obrantes en este testimonio y sin perjuicio de la posible modificación de la calificación en un momento posterior por la Junta de Tratamiento o el propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el mantenimiento de la regresión a segundo grado.

La Sala acuerda:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el interno, contra el auto de fecha 18 de noviembre de 2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León confirmando dicha resolución y todo ello, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese este Auto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y remítase certificación literal del mismo al Juzgado, a los efectos legales oportunos.

## PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

### 21.- AUTO 1541/2009 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 04/05/09

**Aplicación artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario al considerarlo mas ajustado a su situación personal; concurrencia de factores positivos pero “carece de arraigo social y profesional”.**

Por autos de fecha 31 de octubre de 2008 y 19 de noviembre de 2008 se ratificó la resolución de la Administración Penitenciaria de fecha 10 de septiembre de 2008 que deniega a la interna, la progresión al tercer grado penitenciario.

Admitido en un solo efecto el 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 para deliberación y fallo el día de ayer, donde se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

El artículo 65 de la Ley General Penitenciaria, en su número 2, y el artículo 106 del Reglamento Penitenciario establecen las circunstancias y características que deben concurrir en el interno para proceder a la progresión de grado, declarando que ésta procederá cuando se modifiquen positivamente los factores directamente relacionados con la actividad delictiva, con manifestación en la conducta global del interno, cuya consecuencia directa sea un incremento de la confianza depositada en él, que permitirá atribuirle más importante responsabilidad que implicará, a su vez, una mayor libertad.

En el caso de autos la penada ha sido condenada por la comisión de un delito contra la salud pública a la pena de 4 años y 30 días de prisión, cumpliendo las 3/4 partes de la misma el 20 de octubre de 2009 y la totalidad la cumplirá el 27 de octubre de 2010, es delincuente primaria, mantiene una buena conducta carcelaria con la realización de actividades laborales y de tratamiento, cuenta con apoyo institucional y ha disfrutado de per-

misos de salida sin incidencia negativa alguna; frente a estos factores positivos nos encontramos que la interna carece de arraigo social y profesional en este país por lo que no cuenta con oferta de trabajo ya que además carece de cualificación laboral, por lo que tiene un pronóstico de reincidencia medio alto; por ello se estima ajustado a su situación personal el mantenimiento de la recurrente en el segundo grado penitenciario si bien se la concede, al amparo de lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Penitenciario, determinados beneficios propios del tercer grado penitenciario como son la concesión de las salidas los fines de semana y 48 días de permiso, por ello procede estimar en parte el recurso formulado por la interna, al entender este Tribunal que este sistema es el adecuado dada las características tanto personales como materiales que concurren en el presente caso.

No se aprecian motivos para una especial imposición de costas de este recurso.

Vistos los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

La sala dispone:

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la interna, revocando los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 2 de Madrid y conceder a la interna el régimen penitenciario señalado en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, sin especial imposición de las costas de este recurso.

## **22.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 02/06/09**

**Aplicación del principio de flexibilidad para proceder gradualmente a la progresión a tercer grado dada la gravedad del delito.**

Por auto de fecha 20-04-09 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 2, se ratificó la resolución de Dirección General de Coordinación

Territorial y Medio Abierto de fecha 05-01-09 que acordaba la continuidad en segundo grado del interno B.M.

Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra esta resolución 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 la deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

El recurso de apelación debe ser estimado parcialmente.

Éste Tribunal ha venido concediendo permisos de salida al interno recurrente desde hace más de un año, considerando, ante todo, la buena conducta y la buena evolución del tratamiento penitenciario, que comprende la realización de una actividad laboral; de estudios universitarios; el apoyo familiar con que cuenta en España, a pesar de tratarse de un súbdito extranjero; la superación del consumo de alcohol y cocaína, así como la personalidad y proceso, de socialización normalizados, a más del aval de la prestigiosa organización Horizontes Abiertos. Asimismo, ha tomado, en cuenta la fracción de la pena ya cumplida pues, condenado a una pena de veinte años de privación de libertad por delito de homicidio, se encuentra en prisión desde el mes de mayo de 1999 y ha extinguido ya la primera mitad de la pena.

A ello debe sumarse ahora, el pago fraccionado de la responsabilidad civil que ha de compensar, al menos materialmente, a sus víctimas y que se acredita, haber comenzado.

Pero el acceso a la semilibertad que el tercer grado implica no resulta suficientemente indicado a pesar de estas circunstancias positivas de la trayectoria del recurrente, a la vista de la fracción de la pena aún pendiente de cumplimiento y, también, hasta que se asegure con toda claridad el control de la tóxicodependencia o, en su caso, los buenos resultados del tratamiento de deshabituación, si lo sigue. El interno ha sido condenado por un delito que la Ley juzga grave y se hace necesario, para la seguridad de que es nuevamente merecedor de la confianza característica de la clasificación en tercer grado, permitir que cumpla sus fines la ejecución de la pena privativa de libertad, en evitación de la reincidencia, y proceder gradualmente. En tal sentido, el tribunal considera más razonable que en este caso el retorno a la libertad se efectúe paulatinamente, con el fin

de que los permisos de salida vayan poniendo a prueba al recurrente de forma gradual antes de su progreso al régimen abierto pleno.

Para ello se instaurara para el interno, al amparo del principio de flexibilidad que inspira el tratamiento penitenciario, un régimen mixto (artículo 100 del Reglamento Penitenciario que combinará su permanencia en segundo grado con la autorización de hasta cuarenta y ocho días de permiso al año y la salida de permiso un fin de semana al mes, hasta su progresión al tercer grado pleno, a medida que se consoliden los factores positivos que aparecen en su caso.

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por B.M., revocando en parte el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º2 de Madrid, acordando el mantenimiento en segundo grado combinado con aspectos del tercer grado en los términos que expresa el primer fundamento de esta resolución y declarando de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente, recurso.

### **23.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 17/09/09**

**Aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario en base a los factores favorables concurrentes.**

Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno I.A.B., contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13 de mayo de 2009, por el que se acuerda su continuidad en segundo grado de tratamiento, solicitando su progresión a tercer grado.

Formalizado el correspondiente expediente, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que ha informado en el sentido de oponerse a la progresión vista la ausencia de un régimen continuado de permisos.

El artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario establece que para determinar la clasificación en grados de 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.

El apartado 3º del mismo establece que “serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurran unas circunstancias personales penitenciarias de normal convivencia pero sin capacidad para vivir de momento en semilibertad”.

Lo anterior manifestado sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65 apartados 1, 2 y 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y lo dispuesto en el artículo 106.2 del Reglamento Penitenciario al establecer que 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 permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que apliquen un mayor margen de libertad.

El artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, modificado por Ley Orgánica 7/2003, dispone en su apartado 5: La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

d) Delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

En el presente caso, constan en el expediente del interno factores de adaptación como buena conducta penitenciaria, disfrute adecuado de los permisos hasta el momento otorgados, superación del cumplimiento de la mitad de la condena, participación en numerosas actividades con valoración de “excelente”, que no obstante concurren con otros factores negativos de inadaptación que deberán ser observados para la adecuada evolución en grado vista la gravedad y reincidencia del delito cometido (contra la salud pública), la lejana extinción que no tendrá lugar hasta el 6 de agosto de 2015, la necesidad de examinar al interno en un periodo más amplio en el disfrute de permisos visto el aumento de su condena con la última refundición de una nueva causa de delito contra la salud, la ausencia de cualificación profesional... por lo que conjugando todos los factores concurrentes (favorables y desfavorables) esta Juzgadora acuerda por el momento la permanencia del interno en segundo grado y, por lo tanto con sumisión al régimen ordinario, pero también al amparo de lo previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, informado por el principio de flexibilidad como inspirador del tratamiento, con variantes propias del tercer grado que consisten en que disfrute de permisos de salida los fines de semana alternos (que servirán de base para determinar su posible y futura evolución de grado) y en la posibilidad de que los números de permiso al año alcancen los 48 días, hasta que la puesta a prueba del buen uso de la libertad indique que procede su progresión al tercer grado, confianza que se otorga instándole a que no quebrante el apoyo que se le presta con esta excepcional decisión.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación al presente caso;

Dispongo:

Estimar parcialmente el recurso formulado por el interno I.A.B., contra el acuerdo adoptado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13 de mayo de 2009, acordando el mantenimiento del recurrente en segundo grado con los beneficios propios del tercer grado siguientes: disfrute de permisos de salida los fines de semana alternos y en la posibilidad de que los números de permisos al año alcancen

los 48 días, sin perjuicio que una consolidación de la evolución positiva pueda dar lugar a una ulterior progresión de grado.

#### **24.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 1 DE MADRID DE FECHA 13/10/09**

**Aplicación a extranjero para que trabaje fuera de la prisión. Validez de autorización de trabajo a la resolución en 2º grado artículo 100.**

Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno O.P. del Centro Penitenciario de Madrid III formulando recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13/08/09, por el que se le clasifica en segundo grado de tratamiento.

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los hechos motivo de queja.

De conformidad con lo dispuesto 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, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

En el presente caso procede estimar el recurso presentado por el interno contra la Resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 13/08/09 en la que se acordó su clasificación en segundo grado.

El citado interno ha cumplido ya casi la mitad de su condena y su comportamiento en prisión es bueno, como lo prueba el hecho de no tener expedientes disciplinarios durante los últimos meses. Además el interno

ha acreditado el tener una oferta de trabajo y contar con el apoyo de su familia.

Por todo ello procede estimar este recurso y clasificar al interno en segundo grado con la flexibilidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario de tal forma que el Centro Penitenciario Madrid III elaborará un programa de Tratamiento individualizado para dicho interno, en el que tendrá en cuenta que el mismo saldrá del Centro de lunes a viernes en un horario que le permita asistir y cumplir con el trabajo que se le ha ofrecido.

Todos los días regresará al Centro Penitenciario Madrid III para dormir. El régimen de permisos de salida, será el de los internos en 2º grado y además tendrá también 2 fines de semana cada mes. Una vez elaborado el programa de tratamiento, se enviará a este Juzgado para su aprobación.

Por último hay que señalar que dada la condición de ciudadano extranjero del interno, al mismo de cara a que obtenga la correspondiente autorización administrativa para trabajar, le es aplicable el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, pues la clasificación que se concede al citado interno (2º grado flexibilizado por el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario con la finalización de que pueda trabajar), es equiparable a la clasificación que se otorga a los internos en tercer grado.

La redacción dada a ese Acuerdo genera algún problema interpretativo, ya que por un lado tiene que existir una resolución administrativa (clasificación en tercer grado) o una resolución judicial (clasificación en tercer grado o concesión de la libertad condicional) y por otro remite al artículo 45 del Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 2393/2004).

Ahora bien tal remisión hay que entenderla a los supuestos que aparecen en ese artículo y no a los requisitos que exige a tal precepto para autorizar la residencia temporal por circunstancias excepcionales. Es decir, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, se podrá aplicar, por ejemplo cuando se constate que existe una situación de arraigo laboral durante un periodo mínimo de dos años., o cuando se demuestre la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

Alguna de esas dos situaciones concurren en muchos internos extranjeros a los que se les concede o bien la clasificación en segundo grado (artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario) con la finalidad de trabajar

fuera de prisión o bien el tercer grado o la libertad condicional, ya que antes de llegar a cualquiera de esas tres clasificaciones pasan algunos años realizando destinos remunerados dentro de prisión o trabajando en los talleres productivos y sin embargo no se les concede la autorización para trabajar que para ellos reconoce el citado Acuerdo. Como se indicaba anteriormente, la remisión al artículo 45 del Reglamento de la Ley de Extranjería, hay que entenderla a los supuestos y no a los requisitos, pues de lo contrario el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, no podría ser aplicado a ninguno de los destinatarios a los que va dirigido, ya que todos tiene antecedentes penales.

De cualquier forma la no aplicación a los internos clasificados en segundo grado en la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, resultaría poco comprensible si se tiene en cuenta que los internos clasificados en segundo grado, situación en principio menos beneficiosa que los que están clasificados en segundo grado -artículo 100.2- si pueden trabajar por así contemplarlo el Real Decreto 782/2001 y sin embargo cuando se consigue un grado de clasificación más favorable, no se les permite.

Para terminar hay que señalar que la Dirección General de Inmigraciones con fecha 26 de marzo de 2007, estimó que “sí es posible conceder validez de autorización de trabajo al Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el que se le clasifica al citado extranjero en segundo grado con la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, que permite aplicar aspectos característicos propios del tercer grado”. También la antigua Dirección General de Instituciones Penitenciarias en dos ocasiones, el 27 de diciembre de 2006 y 29 de febrero de 2008, ésta última vez debido a la propuesta que le remitió el juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, transmitió a la Dirección General de Inmigración su criterio favorable a la autorización de trabajo para los internos extranjeros clasificados en segundo grado en la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

Se estima el recurso del interno O.P. del Centro Penitenciario de Madrid III contra el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13/08/09 clasificándole en segundo grado de tratamiento, que queda sin efecto, clasificando al interno en segundo grado artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

El Centro Penitenciario Madrid III elaborará un programa de tratamiento conforme a las circunstancias indicadas anteriormente y lo remitirá a este Juzgado para su aprobación.

## **25.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 2 DE FECHA 08/05/09**

**No se autoriza artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, dado que el programa que se propone puede llevarse a cabo por la vía del artículo 117 del Reglamento Penitenciario.**

Por acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 02-04-2009 del Centro Penitenciario de Madrid V Soto del Real, se propone programa de tratamiento psiquiátrico externo y tratamiento de deshabitación de consumo de drogas, habiéndose acordado por el Centro Directivo en fecha 29-04-2009 el mantenimiento en segundo grado, artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario y solicitando su aprobación por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, referente al interno G.M.C.

De dicha salida programada se dió traslado al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentido de no oponerse a la misma.

Establece el artículo 117 del Reglamento Penitenciario que los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste: sea necesario para su tratamiento y reinserción social, se planifique por la Junta de Tratamiento con el interno; que deberá prestar su consentimiento y asumir el compromiso formal de cumplir las normas de la institución y observar las medidas de seguimiento y control que se establezcan, y cada salida diaria no exceda de ocho horas, debiendo ser autorizado el programa por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Examinado el expediente y el informe aportado, resulta que el interno reúne todos los requisitos indicados y se han cumplido en la propuesta los

trámites legales, siendo conveniente que el mismo realice el programa para tratar su problemática de drogadicción y alteraciones psicopatológicas, a realizar en el exterior pues se trata de continuar los tratamientos ya iniciados cuando se encontraba en libertad y no procede que se preste en prisión por tal motivo en relación con la corta duración de su condena, por lo que procede aprobar el programa especializado que se propone con las salidas del centro correspondientes para su realización consistente en una al mes para asistir al Centro de Salud Mental de Colmenar Viejo y una a la semana para asistir al C.A.I.D. de la misma localidad.

No se aprueba la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario al que se hace referencia en alguno de los documentos presentados por no concurrir el requisito de que el programa no pueda realizarse de otra forma, pues es evidente por lo expuesto anteriormente que si.

Procede autorizar el programa de tratamiento psiquiátrico externo y tratamiento de deshabitación de consumo de drogas, propuesto para el penado G.M.C. del Centro penitenciario de Madrid V Soto del Real, con las salidas que correspondan para su realización; una al mes para asistir al Centro de Salud Mental de Colmenar Viejo y una a la semana para asistir al C.A.I.D. de la misma localidad.





# **CAPÍTULO 4**

## ***COMUNICACIONES***



## **26.- SENTENCIA 63/2009 DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 02/06/09**

**Caso contra Reino Unido. Sentencia de 02/06/09. Control de la correspondencia del interno con su médico especialista en el exterior. Violación existente.**

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 36936/05) dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que un ciudadano británico, («el demandante»), había presentado el 14 de octubre de 2005 ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales («el Convenio»).

El demandante alegó que la supervisión de su correspondencia médica mientras estuvo en prisión infringió el derecho al respeto de su correspondencia y su vida privada, en virtud del artículo 8 del Convenio.

### **Hechos**

#### **Las circunstancias del caso**

El demandante nació en 1955 y actualmente cumple condena en la prisión de Staffordshire.

La hemorragia cerebral del demandante y la inicial confidencialidad de su correspondencia médica

El 30 de noviembre de 2001, el demandante fue condenado por el Tribunal Superior de lo Penal a un total de catorce años de prisión por

conspiración para suministro de drogas de Clase A y por dos delitos de tenencia de drogas de Clase A con intento de suministro.

El 6 de abril de 2001, mientras se encontraba en libertad bajo fianza, el demandante sufrió una hemorragia cerebral por lo que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente. El 5 de julio de 2002 fue intervenido de nuevo. Tras su alta y regreso a prisión, requería supervisión médica y debía acudir al hospital cada seis meses para que un especialista neurorradiólogo le controlara.

En 2002, el demandante estuvo preso en una cárcel de alta seguridad con prisioneros de categoría A (alto riesgo) así como de categoría B como él. Como consecuencia, entró en el ámbito de las disposiciones de una orden general, Orden del Servicio Penitenciario (PSO) 1000 que se aplicaba a todos los prisioneros de cualquiera de las categorías que estuviera «encarcelado en una unidad de prisioneros de categoría A».

El demandante quería mantener correspondencia confidencial con su especialista médico para asegurarse de que recibía el tratamiento médico y la supervisión necesaria en prisión. Expresó su preocupación de que su correspondencia médica con su especialista fuera leída y solicitó al Director de la prisión que se garantizara la confidencialidad de esta correspondencia.

El 18 de septiembre de 2002, el Director de la prisión en la que el demandante había sido internado aceptó la petición de este último. Decidió que la correspondencia médica del demandante no sería leída siempre que cumpliera ciertas condiciones. Todo el correo entrante y saliente tendría que ser marcado como «confidencial médico». Se controlaría que la correspondencia saliente fuera enviada a una dirección concreta y la entrante debería venir marcada con un sello distintivo de la autoridad sanitaria pertinente.

### **Posterior supervisión de la correspondencia del demandante**

El Director de la prisión, posteriormente, reconsideró su Decisión tras pedir asesoramiento a la Oficina Central del Servicio Penitenciario HM. El 28 de noviembre de 2002 el Director de la prisión informó al demandante de que se le había notificado que era obligatorio examinar su correspondencia médica para evitar que se incluyera documentación ilícita.

Toda la correspondencia entre el demandante y su especialista sería entregada cerrada al funcionario médico de la prisión. Este último examinaría el contenido del sobre para determinar su condición médica y después lo cerraría de nuevo. La correspondencia entrante y saliente sería entonces entregada al demandante o enviada a su especialista, respectivamente.

El demandante rechazó esta Decisión de supervisión de su correspondencia médica. Le preocupaba que su intento de confirmar si estaba recibiendo el tratamiento adecuado en el hospital pudiera ser considerado por el funcionario médico de la prisión como una crítica y que se le prohibiera relacionarse con su especialista médico.

### **Procedimiento de revisión judicial**

El 4 de agosto de 2003, el demandante pidió permiso para solicitar revisión judicial de la Decisión de 28 noviembre 2002 del Director de la prisión. El 20 de febrero de 2004, el Juez Presidente del Tribunal Superior, Sr. Justice Collins, aceptó la solicitud de una revisión judicial planteada por el demandante.

El Servicio Penitenciario había afirmado, *inter alia*, que sería complicado conseguir que la correspondencia médica se mantuviera de manera confidencial. Argumentaban que había un gran número de organismos médicos con los que un prisionero querría mantener correspondencia y que algunos de estos organismos no tenían máquinas franqueadoras que hicieran posible identificar la autenticidad del remitente.

El señor Justice Collins concluyó que existían circunstancias excepcionales en el caso del demandante. Estas eran la situación de gravedad del demandante y su deseo de asegurarse de que el tratamiento que recibía en prisión no era contraproducente. El demandante, justificadamente, quería que el especialista que le trató y de quien requería continuos cuidados médicos le tranquilizara mediante revisiones bianuales. El señor Justice Collins consideró, asimismo, que la Decisión inicial del Director de la prisión de permitir al demandante mantener correspondencia confidencial con su especialista indicaba que era razonable permitir tal confidencialidad. Los fundamentos del Servicio de Prisiones en cuanto a los problemas que implicaba hacer posible la confidencialidad de la correspondencia médica no eran aplicables en un caso excepcional como el que nos ocupa.

En estas circunstancias, y subrayando que éste era un caso excepcional, el señor Justice Collins consideró adecuado anular la Decisión del Director de la prisión de 28 noviembre 2002. Dictó una resolución por la que «el gobernador de cualquier prisión donde residiera (el demandante) debería tomar una decisión de acuerdo con los principios adoptados a luz de esta resolución».

### **Procedimiento ante el Tribunal de Apelación**

El 29 de octubre de 2004, el Tribunal de Apelación aceptó el recurso de apelación de la Secretaría de Estado y del Director de la Prisión. Lord Justice Sedley dictó Sentencia del Tribunal. En ella señalaba que no se cuestionaba el hecho de que leer la correspondencia de prisioneros estaba regulado por la Ley, y que su objeto era la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades de terceros. La cuestión a decidir era si, según el artículo 8.2 del Convenio, leer la correspondencia del demandante era proporcionado. Mientras que la Decisión inicial del Director de la prisión de permitir la confidencialidad de la correspondencia médica del demandante con su especialista sugería enérgicamente que su exención del Capítulo 36.21 de la PSO 1000 sería completamente razonable, corresponde al demandante demostrar que cualquier cosa más invasiva constituiría una injerencia desproporcionada en sus derechos garantizados por el artículo 8.

El Tribunal de Apelación concluyó que, aunque el procedimiento expuesto en la carta del Director de la prisión de 28 noviembre 2002 equivalía a una injerencia en el derecho del demandante al respeto de su correspondencia, la injerencia estaba justificada y era proporcionada de conformidad con el artículo 8.2 del Convenio. Consideró que aunque era posible verificar la existencia, dirección y cualificación del médico especialista del demandante (cuya bona fides no se ponía en cuestión), no había manera de asegurar que no habría sido intimidado o engañado para transmitir mensajes ilícitos. Aunque lo mismo era cierto en el caso de, por ejemplo, el personal de secretaría de los MPs (Miembros del Parlamento), la importancia de la libre correspondencia con los MPs era mayor que el riesgo. Sin embargo, en cuanto a la correspondencia con médicos, era la salud del prisionero lo que estaba en juego y la responsabilidad inmediata correspondía al Servicio Médico de la Prisión. Aunque podía darse el

caso de que permitiendo al médico de la prisión leer la correspondencia del prisionero con un médico externo podría «encontrarse con críticas contra su forma de actuar», era intrínsecamente improbable que esto conlleva el mismo nivel de riesgo que se podía esperar de la lectura por un supervisor de una carta de queja al Defensor del Prisionero. Asimismo, si se refería al bienestar del prisionero era probable que el médico de la prisión debiera, en cualquier caso, estar al tanto.

El Tribunal de Apelación concluyó que el control de la correspondencia médica del demandante era una injerencia proporcionada en relación con los derechos del artículo 8, aunque no excluía la posibilidad de que en otro caso pudiera ser desproporcionado denegar la confidencialidad de la correspondencia médica en el contexto de la prisión. El Tribunal de Apelación basaba su conclusión en los siguientes factores. En primer lugar, la supervisión de la correspondencia médica del demandante respondía a objetivos legítimos y apremiantes que estaban claramente establecidos en el Capítulo 36.1 del PSO 1000. En segundo lugar, consideró que no había ninguna medida menos invasiva disponible al servicio de la prisión, aparte de retirar cualquier control. En tercer lugar, la lectura de la correspondencia médica del demandante limitada al médico de la prisión no era, bajo su punto de vista, una medida excesiva. En cuarto lugar, el proceso por el que se había adoptado la medida no se consideraba arbitrario. En concreto, no había sido el resultado de la rígida aplicación de una directriz. La anulación de la supervisión no sólo había sido considerada, sino que había sido implementada hasta que, tras su reconsideración, había sido reanudada. La injerencia en cuestión no había negado la esencia de los derechos del demandante según el artículo 8 puesto que se refería a un único corresponsal (el especialista médico externo) y limitaba la injerencia a un lector médicamente cualificado (el médico de la prisión). Se reconocía que existía un riesgo ineludible de abuso, por ejemplo, si la vida o el trato del demandante en la prisión se hacía más difícil a causa de lo que se veía escrito. Sin embargo, habiendo sido minimizado el riesgo limitando la supervisión al médico de la prisión, se compensaba por los factores anteriormente mencionados.

### **Petición de la Cámara de los Lores**

El 18 de abril de 2005, la petición del permiso de recurso del demandante fue rechazada por la Cámara de los Lores debido a que no planteaba fundamentos de derecho de importancia general.

### **Las condiciones actuales de prisión del demandante**

Desde el 22 de mayo de 2007 el demandante ha sido ubicado en una prisión de Categoría B en Staffordshire.

### **Legislación y jurisprudencia internas aplicables**

La Secretaría de Estado es la responsable de la gestión del sistema penitenciario en Inglaterra y Gales (Ley Penitenciaria de 1952, artículos 1 y 4).

Hasta noviembre de 2007, cada prisión debía designar un funcionario médico (Ley Penitenciaria de 1952, artículo 7.1). El funcionario médico era un funcionario de prisiones que tenía que ser médico colegiado (Ley Penitenciaria de 1952, artículo 4). Esta exigencia fue modificada por el artículo 25.1 de la Ley de Gestión de Delincuentes de 2007 que entró en vigor el 1 de noviembre de 2007. La asistencia sanitaria penitenciaria está ahora generalmente integrada y encargada al Servicio Nacional de Salud (NHS).

El artículo 47.1 de la Ley Penitenciaria de 1952 autoriza a la Secretaría de Estado a dictar normas para la regulación y gestión penitenciaria y para la clasificación, trato, empleo, disciplina y control de las personas detenidas. Estas normas se redactan con los medios establecidos, se exponen a la consideración del Parlamento, y son objeto de anulación como consecuencia de resolución del Parlamento (Ley Penitenciaria de 1952, artículo 52.1 y Ley de Justicia Penal de 1967, artículo 66.4).

Los prisioneros están clasificados de acuerdo con las indicaciones de la Secretaría de Estado (Reglamento Penitenciario SI 1999/728, artículo 7.1) Se clasifican según la Orden del Servicio Penitenciario (PSO) 0900. El apartado 1.1.1 de la PSO 0900 incluye las definiciones de las cuatro categorías de prisioneros (A, B, C y D). La categoría A se aplica a los prisioneros cuya fuga sería altamente peligrosa para la población, la policía



o la seguridad del Estado, sin importar lo improbable de dicha fuga y quien se ocupe de hacer dicha fuga imposible. Se aplica la categoría B a los prisioneros a los que no necesitan fuertes medidas de seguridad, aunque les tiene que resultar muy complicado fugarse.

El artículo 34 del Reglamento Penitenciario se titula «Comunicaciones en general». Dispone en su parte pertinente:

- «1. Sin perjuicio de los artículos 6 y 19 de la Ley Penitenciaria de 1952 y como excepción a lo dispuesto en dichas normas, no se permitirá a ningún prisionero comunicarse con nadie del exterior de la prisión, excepto con el permiso de la Secretaría de Estado o como privilegio de conformidad con el artículo 8.
2. Independientemente del apartado 1, y excepto que estas normas dispongan otra cosa, la Secretaría de Estado podrá imponer cualquier restricción o condición, tanto general como particular sobre el permiso de comunicación entre un prisionero y otras personas si considera que la restricción o condición a imponer
  - a) no interfiere en los derechos acordados de nadie; o
  - b) (i) es necesaria por los motivos especificados en el apartado 3 siguiente;
    - (ii) dependiendo de los motivos es compatible con el derecho del Convenio a interferir; y
    - (iii) es proporcionada con lo que se intenta conseguir.
3. Los motivos referidos en el apartado 2 anterior son:
  - a) intereses de seguridad nacional;
  - b) prevenir, detectar, investigar o perseguir el delito;
  - c) intereses de seguridad pública;
  - d) asegurar o mantener la seguridad o el orden y la disciplina en prisión;
  - e) proteger la salud o la moral;
  - f) proteger la reputación de terceros;
  - g) mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial; o

h) proteger de los derechos y libertades de cualquier persona.

8. En esta norma

c) las referencias a los derechos del convenio son a los derechos de la Ley de Derechos Humanos de 1998».

El artículo 39 del Reglamento Penitenciario trata la correspondencia con los asesores legales y los tribunales y dispone que tal correspondencia sólo puede ser abierta, leída o parada por el director de acuerdo con lo dispuesto en este reglamento, en concreto cuando el director tiene motivos para creer que esta correspondencia comprende un documento ilícito o que su contenido pone en peligro la seguridad de la prisión o de terceros o es, por otro motivo, de naturaleza delictiva.

El capítulo 36.1 del PSO 1000, aplicable en la época de los hechos que trataba las comunicaciones de los prisioneros de categoría A o que estaban en cárceles de prisioneros de categoría A, disponía lo siguiente:

«La dirección de la prisión debe disponer de instalaciones para que los prisioneros mantengan contacto con sus familiares y amigos. Los derechos de los prisioneros al respeto de su vida privada y familiar y de su correspondencia están garantizados por el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. El deber del Servicio Penitenciario de proteger al público nos permite interferir en esta privacidad con el propósito de minimizar la posibilidad de que los prisioneros, comunicándose con el mundo exterior:

- i) planeen escapadas o disturbios;
- ii) pongan en peligro la seguridad y el orden de la prisión;
- iii) participen en delitos contra el derecho penal o la disciplina de la prisión;
- iv) pongan en peligro la seguridad nacional;
- v) infrinjan los derechos y libertades ajenos».

El capítulo 36.21 de la PSO 1000 se lee como sigue:

«Cualquier correspondencia, distinta de la protegida por PR 39, esto es la correspondencia con los asesores legales o con la organización Samaritans, deberá ser leída rutinariamente en los siguientes casos:

i) todos los prisioneros de cualquier categoría de seguridad, encerrados en una unidad de prisioneros de categoría A».

El capítulo 36.22 continuaba como sigue:

«La lectura rutinaria es necesaria en estos casos con el objeto prevenir huidas y, en el caso de los prisioneros de categoría A, en interés de la seguridad general. También es necesario prevenir el delito y el desorden para proteger los derechos y libertades de terceros y, en algunos casos, en interés de la seguridad nacional o el bienestar económico del país».

La Orden del Servicio Penitenciario 4411 («PSO 4411») se titula «Comunicaciones de los prisioneros: Correspondencia». Entró en vigor el 5 de septiembre de 2007. Es importante para el presente asunto en tanto en cuanto refleja la práctica y procedimiento que rigió entre 2002 y 2004.

En la época de los hechos, y actualmente se sigue haciendo, se daba un trato especial a varias formas de correspondencia, además de a la correspondencia con los asesores legales, específicamente cubierta por el artículo 39 del Reglamento Penitenciario y a la correspondencia con la organización Samaritans, concretamente mencionada en el capítulo 36.21 de la PSO 1000. La correspondencia con, inter alia, los tribunales, el Consejo de Abogados, la Asociación de Abogados, la Comisión de Revisión de Asuntos Penales, la Oficina para la Supervisión de Abogados, la Oficina de la Comisión Parlamentaria, la Oficina de Servicios legales del Defensor del Pueblo, el Comisionado de la libertad provisional, la Comisión para la igualdad racial y los Miembros del Parlamento es generalmente considerada confidencial.

La PSO 4411 introdujo una nueva categoría de correspondencia objeto de clasificación confidencial. El capítulo 5.1 incluye la Comisión de Asistencia Sanitaria como uno de los órganos con los que un prisionero tiene derecho a mantener correspondencia confidencial. La Comisión de Asistencia Sanitaria es el organismo de control independiente de la sanidad en Inglaterra. Valora e informa sobre la calidad de los servicios proporcionados por el NHS y el sector sanitario independiente.

### **Documentación internacional aplicable**

El capítulo III, apartado 34 de las Normas del CPT (Comité europeo para la prevención de la tortura y de la penas o tratos inhumanos o degradantes) publicadas en octubre de 2006, dispone lo siguiente:

Mientras están bajo custodia, los presos deberían tener acceso a un servicio médico en cualquier momento, independientemente del régimen en el que se encuentren (...) El servicio de asistencia sanitaria debería estar lo suficientemente organizado como para permitir que las peticiones de consulta a un médico sean tramitadas sin dilaciones indebidas.

Los prisioneros deberían poder dirigirse al servicio de asistencia sanitaria de forma confidencial, por ejemplo, por medio de un mensaje en sobre cerrado. Asimismo, los funcionarios de prisiones no deberían examinar las solicitudes de consulta médica.

El apartado 50 de las Normas del CPT dispone:

«El secreto médico debería ser observado en las prisiones del mismo modo que en el exterior».

### **Fundamentos de derecho**

Sobre la violación del artículo 8 del convenio.

El demandante se quejó de que las autoridades de la prisión habían interceptado y supervisado su correspondencia médica infringiendo el artículo 8 del Convenio, que se lee como sigue:

- «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El Gobierno rechazó este argumento.

## **Admisión**

El Tribunal constata, a continuación, que esta parte de la demanda no carece manifiestamente de fundamento considerando el artículo 35.3 del Convenio. Señala asimismo que ésta no se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad. Cabe pues admitirla.

## **Sobre el fondo**

### **Presentación de las partes**

El Gobierno aceptó que la revisión de la correspondencia del demandante con su médico especialista suponía una injerencia en el derecho al respeto de su correspondencia de conformidad con el artículo 8.1 del Convenio.

Basándose en la Sentencia del Tribunal de Apelación, el Gobierno declaró que la injerencia estaba justificada y era proporcionada de conformidad con el artículo 8.2 del Convenio. Argumentó que el marco legal aplicable proporcionaba una guía clara y estructurada sobre el asunto, prestando especial atención a las exigencias del Convenio. Afirmó que el procedimiento concebido estaba confeccionado teniendo en cuenta las circunstancias del caso del demandante. Asimismo, la divulgación de la correspondencia médica del demandante se limitaba al funcionario médico de la prisión que estaba obligado a respetar el secreto médico. Distinguía el presente asunto, que implicaba una lectura limitada de forma sencilla de la correspondencia de un prisionero por el funcionario médico de la prisión, de los casos que implicaban la lectura global de la correspondencia de los prisioneros (como en *Petra contra Rumanía*, de 23 septiembre 1998, ap. 37, Repertorio de Sentencias y Decisiones 1998-VII y *Jankauskas contra Lituania*, núm. 59304/00, aps. 21-22, de 24 febrero 2005) que se consideró que infringían el artículo 8 del Convenio.

El demandante argumentó que la supervisión de su correspondencia era desproporcionada. En las observaciones del Gobierno, no se hacía referencia alguna a ningún indicio concreto que sugiriera la posibilidad de que el demandante abusara de la correspondencia con su médico. La PSO 4411, a la que se refirió el Gobierno como la norma que regulaba la correspondencia, reconocía que los prisioneros podían mantener correspondencia confidencial con varios organismos, incluida la Comisión de

Asistencia Sanitaria (que gestionaba las demandas relativas a los tratamientos médicos) y Samaritans (que proporcionaba orientación psicológica a los suicidas). De acuerdo con la PSO 4411, esta correspondencia sólo podía ser abierta cuando existían motivos razonables para creer que contenía documentación ilícita.

Asimismo, el demandante sostenía que existía un riesgo obvio de que la supervisión de la correspondencia médica inhibiera al prisionero de transmitir cierta información, perjudicando de ese modo la calidad del asesoramiento recibido. Era tan preocupante que se había extendido a la correspondencia legal concediéndole la confidencialidad. La PSO 4411 demostraba que la seguridad penitenciaria no disminuía por permitir a los prisioneros mantener correspondencia confidencial con abogados y profesionales como los de la Comisión de Asistencia Sanitaria. Era complicado captar por qué el riesgo de abuso de la correspondencia con un médico era mayor que el riesgo de abuso que implicaba la correspondencia con abogados.

### **Valoración del Tribunal**

El Tribunal señala que está claro, y efectivamente no se rechazó, que se produjo una «injerencia por una autoridad pública» en el ejercicio del derecho del demandante al respeto de su correspondencia garantizado por el artículo 8.1. Tal injerencia contravenía el artículo 8 a no ser que estuviera «prevista por la Ley», persiguiera uno o más de los objetivos legítimos referidos en el apartado 2 y fuera «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzarlos (ver, entre otras fuentes, *Silver* y otros contra Reino Unido, de 25 marzo 1983, serie A núm. 61, ap. 84, *Campbell* contra el Reino Unido, de 25 marzo 1992, serie A núm. 233, ap. 34, *Petrov* contra Bulgaria, núm. 15197/02, ap. 40, de 22 mayo 2008 y *Savenkovas* contra Lituania, núm. 871/02, ap. 95, de 18 noviembre 2008).

Posteriormente observa que las partes aceptaron que la lectura de la correspondencia del demandante estaba regulada por Ley y que pretendía prevenir el delito y proteger los derechos y libertades de terceros. La cuestión que debía ser valorada era si la injerencia en la correspondencia del demandante era «necesaria en una sociedad democrática».

La noción de necesidad implica que la injerencia corresponde a una exigencia social urgente y, en concreto, que es proporcionada al objetivo

legítimo perseguido. Al valorar si una injerencia es “necesaria en una sociedad democrática” habría que tener en cuenta el margen de valoración del Estado (ver, entre otras fuentes, Campbell, citada anteriormente, ap. 44, Petrov contra Bulgaria, ap. 44 citada anteriormente y Dickson contra Reino Unido [GC], núm. 44362/04, ap. 77.). Mientras que corresponde a las autoridades nacionales realizar la valoración inicial de necesidad, la valoración final de si las razones de la injerencia son pertinentes y suficientes es objeto de revisión del Tribunal de conformidad con las exigencias del Convenio.

Valorando si una injerencia en el derecho de un prisionero al respecto de su correspondencia era «necesaria» para uno de los objetivos expuestos en el artículo 8.2, debe prestarse atención a las razonables exigencias ordinarias de prisión. Se exige alguna medida de control sobre la correspondencia de los prisioneros y no es incompatible con el Convenio (ver Silver y otros, citada anteriormente, ap. 98, Kwiek contra Polonia, núm. 51895/99, ap. 39, de 30 mayo 2006 y Ostrovar contra Moldavia, núm. 35207/03, ap. 105, de 13 septiembre 2005, entre otras fuentes). Sin embargo, el Tribunal ha desarrollado criterios bastante estrictos en relación a la confidencialidad de la correspondencia de los prisioneros. En el apartado 43 de su Sentencia en el asunto Petrov contra Bulgaria (citada anteriormente), el Tribunal enunciaba sus principios relativos a la correspondencia legal en el contexto de la prisión como sigue:

«la correspondencia con abogados... es en principio privilegiada de conformidad con el artículo 8 del Convenio y su revisión rutinaria no está de acuerdo con los principios de confidencialidad y privilegio profesional que se da a las relaciones entre un abogado y su cliente (ver, Campbell, citada anteriormente, aps. 47 y 48). Las autoridades de la prisión podrán abrir una carta de un abogado a un prisionero únicamente cuando tengan motivos suficientes para creer que contiene documentación ilícita que por los medios habituales de detección no se ha podido conocer. La carta deberá, sin embargo, sólo ser abierta y no leída. Las garantías que previenen la lectura de las cartas deberán estar previstas, como abrir la carta en presencia del prisionero. La lectura del correo del prisionero con un abogado, por otro lado, sólo deberá ser permitida en circunstancias excepcionales cuando las autoridades tienen motivos razonables para creer que se ha abusado del privilegio puesto que el contenido de la carta pone en peligro la seguridad de la prisión o la seguridad de terceros o se da otra forma

de naturaleza delictiva. Lo que deba considerarse “motivo razonable” dependerá de las circunstancias pero se presupone la existencia de hechos o información que convencerían a un observador objetivo de que se ha abusado del canal de comunicación privilegiado (ver, Cambell, citado anteriormente, ap. 48)».

En el presente asunto, la injerencia se daba en la supervisión de la correspondencia del demandante con su médico especialista del exterior de la prisión, que concernía a su grave situación médica. El Tribunal recuerda el asunto Z contra Finlandia, Sentencia de 25 enero 1997, Repertorio de Sentencias y Decisiones 1997-I, en la que se subrayaba que:

«la protección de los datos personales, y de los datos médicos, es de gran importancia para el disfrute de una persona de su derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizada por el artículo 8 del Convenio. Respetar la confidencialidad de los datos sanitarios es un principio vital en el sistema legal de todas las Partes Contratantes del Convenio. Es crucial, no sólo respetar la privacidad de un paciente sino también preservar su confianza en la profesión médica y en los servicios sanitarios en general.

Sin esta protección, aquellos que necesiten asistencia médica podrían ser disuadidos de revelar tal información de naturaleza personal e íntima necesaria para recibir un tratamiento adecuado e, incluso, de solicitar asistencia, poniendo de este modo en peligro su propia salud...».

Asimismo, como ha reconocido el Tribunal en su jurisprudencia conforme al artículo 3 del Convenio, a pesar de las exigencias prácticas de prisión, la salud y el bienestar de los detenidos deben ser adecuadamente atendidos, entre otras cosas, cumpliendo el requisito de asistencia médica (ver, a este respecto, Hurtado contra Suiza, Sentencia de 28 enero 1994, serie A núm. 280-A, opinión de la Comisión, ap. 79 y Mouisel contra Francia, núm. 67263/01, ap. 40, ECHR 2002-IX). En este contexto, el Tribunal se refiere también a las normas del CPT en cuanto a la importancia de la confidencialidad médica en el entorno de prisión.

Volviendo a los hechos del caso, el Tribunal considera importante el hecho de que el demandante está grave por lo que ha requerido una supervisión médica continuada desde 2002 que ha sido llevada a cabo por un neurorradiólogo. A este respecto, toma nota del reconocimiento del Tribunal de Apelación de que la supervisión de la correspondencia médica del demandante con su especialista, aunque limitada al funcionario



médico de la prisión, implicaba un «ineludible riesgo de abuso». Asimismo señala que el Tribunal de Apelación tuvo cuidado de no excluir la posibilidad de que en otro asunto pudiera ser desproporcionado rechazar la confidencialidad de la correspondencia médica de un prisionero (ver apartado 19 supra) y acepta que permitiendo al médico de la prisión leer tal correspondencia podría encontrarse con críticas sobre su propia forma de actuación, que a su vez podría originar dificultades en su vida en prisión y su tratamiento. No debe olvidarse que el funcionario médico de la prisión, aunque médico colegiado, hasta la entrada en vigor del artículo 25.1 de la Ley de Gestión de Delincuentes de 2007, era un funcionario de prisiones. Esto ahora ha cambiado puesto que toda la asistencia sanitaria se proporciona por un profesional externo (GP) del NHS.

Siendo esto así, el Tribunal señala la declaración del demandante ante los tribunales internos y ante este Tribunal de que el control por el funcionario médico de la prisión de su correspondencia con su especialista inhibía su comunicación y perjudicaba la tranquilidad de estar recibiendo el tratamiento médico adecuado mientras se encontraba en prisión. Dada la gravedad de la situación médica del demandante, el Tribunal, al igual que el señor Justice Collins, al escuchar la reclamación del demandante de una revisión judicial, constata la preocupación de este último y pide que se controle la calidad del tratamiento que estaba recibiendo en prisión para que sea razonable.

Por tanto, el Tribunal señala las observaciones del señor Justice Collins y del Tribunal de Apelación de que la decisión inicial del Director de la prisión de conceder confidencialidad a la correspondencia médica del demandante indicaba, o con las palabras exactas del Tribunal de Apelación, «sugería enérgicamente» que «sería un modo de proceder perfectamente razonable». Asimismo toma en consideración el procedimiento establecido en primer lugar por el Director de la prisión el 18 de septiembre de 2002, según el cual la correspondencia médica del demandante no sería leída siempre que se cumplieran ciertas condiciones. Se ha aceptado que no existían motivos para pensar que el demandante habría abusado de la confidencialidad concedida a su correspondencia médica en el pasado o que tuviera intención de hacerlo en el futuro. Asimismo, el Tribunal considera importante que, aunque el demandante estaba encerrado en una prisión de alta seguridad calificada de Categoría A (prisioneros de alto ries-

go), él siempre había sido clasificado como de Categoría B (prisioneros para los que no se consideran necesarias las altas medidas de seguridad).

Asimismo, el Tribunal no considera las afirmaciones del Servicio Penitenciario sobre las dificultades generales que implica facilitar la confidencialidad a la correspondencia médica para los prisioneros de particular importancia en este asunto. En el presente caso, el demandante sólo quería mantener correspondencia confidencial con un médico especialista concreto y el Tribunal de Apelación aceptó que su dirección y cualificación eran fácilmente comprobables. Del mismo modo, el especialista en cuestión parecía estar dispuesto y podía marcar toda la correspondencia que mantenía con el demandante con un sello distintivo, y había hecho esto previamente a la revisión de la Decisión del Director de la prisión el 28 de noviembre de 2002. El Tribunal no comparte el punto de vista del Tribunal de Apelación de que el riesgo de que el especialista médico del demandante, cuya bona fides nunca se había cuestionado, pudiera haber sido “intimidado o estafado” para transmitir mensajes ilícitos fuera suficiente para justificar la injerencia en el derecho del demandante garantizado por el artículo 8 en las excepcionales circunstancias del presente asunto. Esto es así concretamente desde que el Tribunal de Apelación reconoció que aunque el mismo riesgo era inherente en el asunto del personal de secretaría de los MP, la importancia de la correspondencia obstaculizada con los MP superaba al riesgo.

A la luz de la gravedad de la situación médica del demandante, el Tribunal considera que la correspondencia desinhibida con un especialista médico en el contexto de un prisionero que sufre una grave enfermedad no proporcionaría menos protección que la correspondencia entre un prisionero y un MP. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal alude a la concesión del Tribunal de Apelación de que podría, en algunos casos, ser desproporcionado rechazar la confidencialidad de la correspondencia médica de un prisionero y a los cambios introducidos en la legislación interna aplicable. El Tribunal también tiene en cuenta las declaraciones del demandante sobre este punto, concretamente que el Gobierno no proporcionó razones suficientes para afirmar que el riesgo de abuso implicado en la correspondencia con médicos concretos cuya dirección exacta, cualificación y bona fides no han sido cuestionados se percibe como mayor que el riesgo que implica la correspondencia con abogados.

En vista de todo lo anterior, el Tribunal considera que la supervisión de la correspondencia médica del demandante, limitada como estaba al funcionario médico de la prisión, no encuentra un justo equilibrio con el derecho al respeto de su correspondencia en estas circunstancias.

Por consiguiente, ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

### **Sobre el artículo 41 del convenio**

El artículo 41 del Convenio estipula:

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

### **Daño**

El demandante reclamó 10.000 libras esterlinas (GBP) (11.450 euros [EUR] aproximadamente) en concepto de daño moral.

El Gobierno afirmó que la cuantía reclamada era excesiva. Señaló que en los asuntos previos del artículo 8 que implicaban injerencia en la correspondencia de un prisionero, la constatación de violación fue considerada satisfacción equitativa suficiente para el demandante y no se concedió indemnización por daños y perjuicios.

El Tribunal considera que en las particulares circunstancias del caso, la constatación de violación no constituiría una satisfacción equitativa en concepto del daño moral sufrido por el demandante. Teniendo en cuenta la violación constatada y resolviendo en equidad, el Tribunal concede al demandante 1.000 EUR en concepto de daño moral (ver, Ciapas contra Lituania, núm. 4902/02, ap. 30, de 16 noviembre 2006 y Zborowski contra Polonia [núm. 2], núm. 45133/06, ap. 48, de 15 enero 2008).

### **Costas y gastos**

El demandante también reclamó 6.253,25 GBP (aproximadamente 7.162 EUR) por las costas y gastos incurridos ante el Tribunal.

El Gobierno afirmó que la reclamación del demandante por las costas legales incurridas parecía excesiva para este tipo de asunto, concretamente porque sus abogados no tenían su sede en Londres. Sugirió que la cuantía de 4.500 libras (5.062 EUR aproximadamente) en concepto de costas legales sería una cantidad más razonable.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de las costas y gastos sólo si se demuestra que ha incurrido en los realmente necesarios y por una cuantía razonable. En el presente asunto, habida cuenta de la información de que dispone y los criterios anteriores, el Tribunal considera razonable conceder la suma de 6.000 EUR por el procedimiento ante él.

### **Intereses de demora**

El Tribunal considera apropiado basar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés marginal de la facilidad de préstamo del Banco Central Europeo, incrementado en 3 puntos porcentuales.

Por estos motivos, el Tribunal, por unanimidad

1º Declara, la demanda admisible;

2º Declara, que ha habido violación del artículo 8 del Convenio;

3º Declara,

(a) que el Estado demandado debe abonar al demandante dentro de un plazo de 3 meses a partir de que la sentencia sea firme de acuerdo con el artículo 44.2 del Convenio, 1.000 EUR (mil euros) más cualquier impuesto que pueda ser cargado a esta cantidad, en concepto de daño moral y 6.000 EUR (seis mil euros) en concepto de las costas y gastos, más cualquier impuesto que pueda ser cargado al demandante, cuantías que serán convertidas a libras esterlinas con el tipo de cambio vigente en la fecha del acuerdo;

(b) que a contar desde el vencimiento del antedicho plazo hasta el pago, estas cantidades se verán incrementadas por un interés a un tipo marginal equivalente al del préstamo del Banco Central Europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos;

4º Rechaza, el resto de las reclamaciones de indemnización.

**27.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ DE  
FECHA 09/03/09**

**Desestima recurso. Analiza entre otras cuestiones, uso injustificado de pruebas radiológicas, Cacheos indiscriminados, Prácticas que vulneran la intimidad y Sistema de gestión de visitas.**

Por auto de fecha 3/07/2008 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº4 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa Maria desestimó el recurso de reforma interpuesto por el interno del Centro penitenciario de Puerto III, D.S.H., contra el auto de 20/05/2008, por el que se desestimaba la queja interpuesta por el interno motivadora del Expediente.

Formulado recurso de apelación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la representación del interno, por el citado Juzgado en el Expediente nº 250/08, admitió el mismo y se recibieron las actuaciones en la Audiencia Provincial, se formó el oportuno Rollo para conocer del recurso.

Solicitado oficio al Centro Penitenciario, evacuado el mismo, con entrada en esta Sección el 6/03/2009, se pasó por el Ponente a estudio, deliberación y votación por la Sala con el resultado que se expresa a continuación.

Varios son los motivos que sustentan el recurso de apelación elevado a esta Audiencia, distintos y heterogéneos debiendo analizarse separadamente cada uno de ellos.

Se solicita en el recurso de apelación que se autorice al interno el uso de un ordenador personal. Se formula esta petición al amparo del artículo 129 del Reglamento Penitenciario.

Este motivo se desestima. Sencillamente es una cuestión totalmente novedosa planteada en apelación, razón suficiente para ser rechazada. Es más, no consta que el interno lo haya solicitado ni que, consecuentemente, se le haya denegado esta autorización. En la queja inicial del interno no se mencionaba absolutamente nada sobre el particular; tampoco en el recurso de reforma desestimatorio de la queja, sustentada en motivos bien distintos.

Se pide en el recurso que el interno cumpla en el Centro Penitenciario más cercano a su domicilio.

El artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que la ubicación de los Establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen y se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados. El artículo 31 del Reglamento Penitenciario atribuye al Centro Directivo la competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios. Dicho Centro Directivo ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas por las Juntas de Tratamiento, o en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección.

Y es que quien conoce el nivel de saturación y las necesidades organizativas de las prisiones es el Centro Directivo y es por ello que no sería razonable dejar en manos de cada Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, individualmente, la decisión de conducir a los internos a uno u otro Establecimiento sin conocer la situación real pues las disfunciones podrían ser graves. Sólo en algunos casos, muy excepcionales, podría el órgano judicial acordar o prohibir un traslado, en los supuestos en que existan razones para pensar que se trata de una sanción encubierta o razones justificadas de tratamiento o sanitarias o, en fin, en supuestos de claro abuso de poder. Nada de esto encontramos en la queja del interno que no pasa de ser una mera declaración programática. El motivo se rechaza.

Dice el recurso de apelación que en el Centro Penitenciario se está haciendo un uso excesivo e injustificado de pruebas radiológicas en internos y familiares que acuden a visitarlos, concretamente, a la salida de dichas visitas. Se dice que si no se practica por personas cualificadas y de forma discriminada y justificada, y no con asiduidad y frecuencia, como sería el caso, se estaría vulnerando el derecho a la salud de las personas.

El artículo 68 hace referencia a este tipo de exámenes, idóneos para la detección de sustancias tóxicas o peligrosas en las cavidades naturales del cuerpo, al referirse a otros medios de control adecuados cuando el resultado del cacheo con desnudo integral del interno fuese infructuoso y persistiese la sospecha, en cuyo caso, el Director debe solicitar autorización judicial. El cacheo con desnudo integral sólo puede autorizarse por moti-

vos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia peligrosa para la salud, autorización que puede conceder el Jefe de Servicios.

La Juez de Vigilancia Penitenciaria, en su auto resolutorio de la reforma interpuesta por el interno, no abordó la cuestión, sencillamente, porque no fue planteada en la queja inicial del interno, en la que ninguna referencia se hacía a un hipotético uso indiscriminado e indebido de las pruebas radiológicas en internos y visitantes. La Sala considera que esta decisión es razonable y no viola el derecho de tutela judicial efectiva del interno reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. La queja inicial del interno nada refirió sobre el particular, razón por la cual, el Centro Penitenciario no tuvo posibilidad de suministrar información al Juzgado de Vigilancia sobre las ocasiones, modo y procedimiento en que se acude a dichas prácticas radiológicas, en general y, en relación con este interno, en particular.

El apelante pretende que la Sala resuelva sobre el fondo de la cuestión, olvidando que no contamos con criterios de juicio para analizar esta cuestión pues para ello hay que conocer primero en qué supuestos y de qué forma el Centro Penitenciario está utilizando este tipo de recursos. El apelante tampoco instó la nulidad de la resolución de instancia por incongruencia omisiva con lo cual aceptó tácitamente la decisión de la juzgadora y las razones expuestas por ella para omitir todo pronunciamiento sobre la materia.

Dice el apelante que en el desarrollo de las visitas de familiares al interno se están efectuando cacheos indiscriminadamente a unos y otros.

En primer lugar hay que decir que desconocemos, también aquí, la versión del Centro Penitenciario sobre esos “cacheos” supuestamente aplicados a familiares visitantes de forma indiscriminada o aleatoria. Suponemos que el apelante con este tipo de cacheos se viene a referir a los cacheos con contacto físico, distintos de los controles por medios mecánicos o electrónicos, escáner, etc.

El cacheo es un modo ordinario de controlar a los internos -artículo 68.1 del Reglamento Penitenciario- pero nada impide su aplicación a los visitantes que acuden al Centro Penitenciario. El artículo 69 del Reglamento Penitenciario habla de los registros y controles de cuantas

personas estén autorizadas a comunicar con los internos. El artículo 45.7 del Reglamento Penitenciario dice que los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas.

El cacheo, por si solo, no lesiona ningún derecho fundamental. Otra cosa es que se utilicen formas denigrantes en su práctica o en momentos o situaciones que no lo requieran, lo que constituiría una desviación de poder, corregible jurisdiccionalmente. Pero a nadie se le escapa que puede ser un instrumento de control eficaz a la entrada y salida de las visitas, por razones obvias. Y por otra parte, el artículo 45.3 dice que los familiares y allegados que acudan a visitar a los internos no podrán ser portadores de bolsos o paquetes -no habla de ropas, como es obvio-. Sería absurdo y no cabe en cabeza alguna prohibir, de entrada, los cacheos de los visitantes.

El letrado apelante dice que en el Reglamento Penitenciario no está expresamente regulado el cacheo como forma de control de los visitantes de los internos con lo cual no es lícito el empleo de este recurso por el Centro. Pero esta interpretación no es aceptable. Si, con las condiciones expuestas, es posible ordenar el cacheo con desnudo integral del visitante, resulta palmario que puede efectuarse el cacheo ordinario en la persona de los visitantes.

Cuestión distinta es que se esté efectuando un uso denigrante o gratuito de estas prácticas. Pero no hay ninguna evidencia de ello. Lo que si podemos decir es que, a priori, el cacheo de los familiares es un procedimiento válido en el control de las visitas a los internos, para evitar la introducción de objetos peligrosos para la seguridad del Centro, del interno u otros internos y su salud, para preservar el buen orden del Establecimiento y no es, por si, denigrante, ni, en el caso de las visitas, necesita de una razón objetiva, concreta y justificada para realizarlo, a diferencia de los cacheos con desnudo integral. El uso de la palabra “controles” en el artículo 69 del Reglamento Penitenciario no significa que los visitantes sólo puedan ser sometidos a controles mecánicos, por escáner u otros privados de contacto físico personal. Lo natural es que, ante la alarma de estos sistemas, se proceda al cacheo personal. En todo caso, una vez más, carecemos de elementos de juicio para emitir un diagnóstico pues desconocemos la versión del Centro penitenciario al omitirse en la queja del interno toda referencia a este tema.



Se dice en el recurso de apelación que en el desarrollo de las visitas se están efectuando prácticas que vulneran la intimidad de los internos, como es la exposición en tableros de listas de los comunicantes, donde consta el nombre del familiar, DNI y nombre del interno, información confidencial que no debe estar al alcance de otros presos.

La solución es la misma que la que dispensamos para el problema de las pruebas radiológicas. En el oficio del Centro Penitenciario, contestando a la información solicitada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre la queja planteada por el interno, en ningún momento se afirma que se estén realizando este tipo de prácticas en la gestión de las visitas. No se dio contestación sobre este punto, sencillamente, porque la queja no versaba sobre este extremo. Con lo cual, no podemos dar por supuesto, como se hace en el recurso de apelación, que el Centro Penitenciario esté incluyendo esta praxis con el argumento de una mayor eficacia y rapidez en la gestión de las visitas. Así lo argumentó la juez. El planteamiento novedoso de la cuestión en el recurso de reforma impidió al Centro Penitenciario dar una respuesta motivada sobre el particular y el recurso de apelación no ha impugnado la resolución por incongruencia omisiva, solicitando su nulidad. Los motivos de la Juez para denegar una decisión fundada eran atendibles y deben ser respetados.

Por último, el recurso de apelación, invocando el artículo 41 del Reglamento Penitenciario, alega que el Centro penitenciario está incurriendo en una restricción de las comunicaciones con el exterior de los internos, sin amparo legal, lesionando el derecho a la intimidad de los internos y de los visitantes. La tacha del recurso se centra en el sistema de gestión de visitas, recién implantado, en el cual a los visitantes se les toman fotografías y huellas dactilares.

El artículo 41 del Reglamento Penitenciario establece que con arreglo al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del Establecimiento.

El Centro Penitenciario contestó a la queja del interno diciendo que se trata de un nuevo Sistema de Gestión de Comunicaciones y visitas, proporcionando una nueva forma eficiente e integrada de acceso a la atención

personalizada en ciertos servicios del Centro. El sistema de Gestión de Citas se basa en la cita previa mediante un proceso de reserva de calendario, de tal manera que se acorten los tiempos de gestión en la reserva de espacios. (No parece, pensamos, que esto tenga nada que ver con la queja concreta del interno).

Y aunque dijo también que el proceso de identificación, durante el proceso de entrada, permite confirmar que el visitante acude a la cita, es decir, realiza la comunicación.

Igualmente, durante el proceso de salida, permite la confirmación del fin de la comunicación, no justificó concretamente, a nuestro entender, el procedimiento de identificación de visitantes sobre el que el interno formulaba su queja. Nada decía de las fotografías y huellas dactilares obtenidas de los visitantes.

Por esta razón, la Sala solicitó al Centro Penitenciario información concreta sobre este particular, ante la insuficiencia del primer oficio remitido al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Se le pidió que informara, especialmente, sobre qué razones concretas y específicas de seguridad o eficacia en la prestación del servicio justificaban la obtención de tal información.

Tras una demora de tres meses en su cumplimentación, finalmente se informó que el sistema de Comunicaciones y Visitas se está implantando provisionalmente en todos los Centros dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias siendo Puerto III el primer establecimiento en implantar este sistema. El sistema está basado en la carga de datos identificativos de los familiares y personas que visitan a los internos, a los efectos de crear una base de datos para agilizar la gestión de las comunicaciones en todo el Territorio Nacional. Se produce la inmediatez en la entrada y salida de la comunicación pues la colocación por parte del visitante de la huella en el escáner supone la rápida comprobación con su fotografía, previamente registrada, estableciéndose el mismo procedimiento a la salida de la comunicación.

Al hilo de esta contestación, ahora sí, detallada y suficiente, no puede cuestionarse que este sistema no sólo presenta ventajas desde el punto de vista de la seguridad, sino sobre todo de la eficacia en el servicio, su rapidez y gestión, lo que redundará en beneficio de los internos y de los propios

familiares, sobre todo si se tiene en cuenta que las visitas de unos mismos familiares suelen repetirse.

Y tampoco supone una restricción, en si, de la comunicación ni el modo de realizarse.

El artículo 41.4 del Reglamento Penitenciario dice que las comunicaciones ordinarias y extraordinarias que se efectúen durante las visitas que reciba el interno se anotarán en un libro registro en el que se hará constar el día y hora de la comunicación, el nombre del interno, y el nombre, domicilio y reseña del DNI de los visitantes, así como la relación de éstos con los internos.

El DNI contiene información dactilar, que además es inmutable, y la fotografía del titular. En consecuencia, la información que se obtiene del visitante con el nuevo sistema no excede de la que suministra dicho documento. Lo que cambia es la forma de comprobación y la generación de una base de datos a partir de dicha información.

De una parte, no vemos que el nuevo sistema contravenga la norma contenida en el artículo 41.4 del Reglamento Penitenciario. Tiene amparo legal porque existen razones justificadas de gestión eficaz del servicio, resultado de la posibilidad de utilizar recursos técnicos adecuados.

Y desde el prisma constitucional, en relación con una posible injerencia en el derecho de intimidad de los visitantes, tampoco entendemos se produzca quiebra alguna del sistema. No existen derechos absolutos. La ponderación constitucional de toda posible injerencia debe efectuarse desde un triple juicio paralelo: idoneidad -adecuación de la medida al fin propuesto-, necesidad -posibilidad de acudir a otros recursos menos injerentes- y proporcionalidad -en relación con las ventajas para el interés general y los perjuicios irrogados a los valores o bienes afectados.

La medida implantada es idónea al fin propuesto, como ya hemos explicado. En esa justificada finalidad específica perseguida en la acción penitenciaria y desenvolvimiento del régimen de comunicaciones, no parece que se esté inquiriendo a los visitantes a una colaboración desmedida ni se están recavando datos de forma innecesaria. Y, entendemos, supera igualmente el requisito de la proporcionalidad, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos obtenidos, el uso al que se destinan, y el fin conseguido.

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 contra el Auto de fecha 3/07/2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa Maria en el Expediente nº 250/08 y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad.

## **COMUNICACIONES TELEFÓNICAS**

### **28.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 17/11/09**

**Desestima recurso por haber decaído el motivo del mismo pero entra en el análisis de las “comunicaciones telefónicas con amigos”.**

Con fecha 13 de mayo de 2009, y por el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el interno O.J.S.R., contra el auto de este Juzgado de fecha 27 de abril de 2009, dictado en nuestro procedimiento que se confirma íntegramente.

Por O.J.S.R., se recurre en apelación el Auto de 13 de mayo de 2009, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el de 27 de abril de 2009, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León. Como motivos del recurso se alega infracción de lo establecido en el artículo 51 de la ley Orgánica General Penitenciaria en relación con el artículo 41 y 47 del Reglamento Penitenciario.

Si bien es cierto que el motivo del recurso ha decaído, toda vez que, según consta en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 13 de mayo de 2009, desde el 11 marzo de este mismo año el interno recurrente, J.S.R., ha sido autorizado a comunicar telefónicamente con su amigo, al haberse autorizado previamente su comunicación por locutorio, y haberle anotado en el sistema de gestión telefónica, deben hacerse una serie de consideraciones sobre el criterio seguido respecto de la posibilidad de comunicar telefónicamente con personas distintas de aquellas con las que existe comunicación por locutorio.

Por la Dirección del Centro Penitenciario se utiliza como argumento para denegar la comunicación telefónica de un interno con un amigo el hecho de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria haya refrendado en varias resoluciones judiciales el criterio del Centro, consistente en anotar solamente los teléfonos de los amigos autorizados a comunicar por locutorio, entendiendo que es la forma más ecuánime para dar cumplimiento al apartado séptimo de la instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

La Ley Orgánica General Penitenciaria, en su artículo 51 autoriza la comunicación de forma oral y escrita con familiares amigos y representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria. El apartado cuarto del mismo artículo establece que las comunicaciones previstas en el mismo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento. El Reglamento Penitenciario en el artículo 41 se refiere a las comunicaciones con carácter general, estableciendo, como el artículo 51 antes citado la posibilidad de restringir las mismas pero únicamente por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, siendo fácil entender de la dicción literal de tales preceptos que éstas serán las únicas restricciones. Es decir, deben estar suficientemente justificadas por las razones anteriormente expuestas.

El artículo 47 del Reglamento, relativo a las comunicaciones telefónicas, establece que se pueden autorizar con carácter general cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno o cuando el interno haya de comunicar algún asunto importante a sus familiares, al Abogado defensor o a otras personas. El interno que, concurriendo los requisitos del apartado anterior, desee comunicar telefónicamente con otra persona, lo solicitará al Director del

establecimiento y el Director, previa comprobación de los mencionados requisitos, autorizará, en su caso, la comunicación y señalará la hora en que deba celebrarse. A continuación el precepto establece el número máximo de llamadas por semana y la duración de las mismas. El artículo 47 aparentemente presenta un problema y es el no hacer mención expresa a la comunicación telefónica con amigos, pero es evidente que un Reglamento no puede ir en contra de lo establecido en la Ley y, el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria si que prevé la comunicación con amigos. Ni que decir tiene que todo ello siempre sometido a las normas restrictivas, justificadas, por razón de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

El artículo 7 de la instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que pretende desarrollar el artículo 47 del Reglamento Penitenciario, vuelve a referirse al número máximo de llamadas, la duración de las mismas, sin que puedan ser acumulables de una semana a otra ni el número de llamadas ni el tiempo de duración, para a continuación excluir las comunicaciones telefónicas como recompensa, archivo mensual de llamadas, duración máxima de la llamada comunicando el ingreso del Centro Penitenciario o el traslado, problemas derivados del cambio de módulo o de Centro, comunicaciones con Abogados y, en la letra f) una referencia a las comunicaciones con amigos, que previamente autorizadas por la Dirección del Centro o Coordinación de Seguridad, se podrán dar de alta en el sistema, suspendiéndose dicha autorización cuando existan razones de seguridad que así lo aconsejen.

Es decir, la única limitación que se establece a las comunicaciones telefónicas con amigos es que puedan existir razones de seguridad.

Ciertamente, como ocurre con todas las llamadas, deben ser previamente autorizadas por la Dirección del Centro. Pero esto es algo muy distinto de denegar la comunicación a un amigo simplemente por el hecho de que ese amigo no comunica con el interno por locutorio, sin que se acierte saber dónde está la ecuanimidad de la medida adoptada por el Centro Penitenciario de Topas en relación con los criterios establecidos por la instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

El Centro Penitenciario, en comunicación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria, podrá establecer criterios de control de las llamadas, atendiendo a lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General

Penitenciaria, pero no se puede alegar la ecuanimidad de una medida, en modo alguno contemplada en la instrucción, cuando además, parece mucho más razonable el que el interno se reserve alguna de las llamadas a las que tiene derecho según la normativa en vigor precisamente para poder comunicar con algún familiar o amigo que, por residir lejos del Centro Penitenciario, tiene mucho más difícil el realizar comunicación por locutorio. Esto es tan evidente que, precisamente el artículo 47.1 del Reglamento Penitenciario expresamente establece que podrá autorizarse la comunicación telefónica de los internos cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno. El mismo criterio debería aplicarse racionalmente a las comunicaciones con algún amigo, sin perjuicio de la adopción de medidas de control por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser desestimado, confirmando íntegramente el Auto recurrido, sin hacer expresa imposición en costas.

Parte dispositiva: La Sala resuelve: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado, interno en el establecimiento de Topas, O.J.S.R., contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, de fecha 13 de Mayo de 2.009, por haber sido anotada la comunicación solicitada en el sistema de gestión telefónica, sin perjuicio de lo establecido en la fundamentación jurídica de este auto.

## 29.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 25/05/09

**Estima queja del interno sobre “normas que regulan comunicaciones telefónicas”.**

En este Juzgado se tramita expediente, en virtud de escrito remitido por el interno D.A.L., del Centro Penitenciario de Monterroso interponiendo una queja por las normas que regulan las llamadas telefónicas. Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

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, aparece que la queja no parece tener base como para estimar conculcados los derechos fundamentales o penitenciarios del interno. No cabe duda que el derecho de los internos a comunicar telefónicamente no es absoluto o ilimitado sino que conforme al artículo 47 del Reglamento penitenciario está sometido a una serie de restricciones y condicionantes derivados de la relación de sujeción especial que liga al interno con la Administración penitenciaria, relación, que atendiendo a razones de seguridad y de buen orden regimental exige el control de las personas con las que el interno pretende comunicar de acuerdo con lo que establece el artículo 42-5 del Reglamento penitenciario, extensible también a las comunicaciones telefónicas. Por ello se estima adecuada, proporcionada y razonable la exigencia; como regla general para la identificación de los interlocutores, de la aportación de un contrato que acredite la titularidad de la línea telefónica. Ciertamente con esta exigencia se excluye en principio la posibilidad de autorizar comunicaciones a teléfonos móviles sujetos al sistema de tarjeta prepago. No se desconoce la extensión de esta modalidad de contratación de la línea telefónica, pero la necesidad de identificación del titular solo posible mediante la aportación



del contrato, así como la protección de la intimidad de los particulares que no desean recibir llamadas procedentes de los reclusos, impone esta limitación que en todo caso no se considera exorbitante ni vulneradora del derecho a comunicar de los internos, sino plenamente justificada. Basta aludir a las distintas irregularidades detectadas en el sistema de gestión informático de llamadas telefónicas reseñadas en el informe emitido por el Centro penitenciario que se ha incorporado a los autos para concluir en la necesidad y pertinencia de la acreditación previa de la titularidad' de los teléfonos solicitados. Además y como se señala en el informe del Centro penitenciario en la actualidad incluso respecto de las tarjetas de prepago ya existe obligación normativa de identificar a los usuarios.

Expuesto lo anterior, debe concluirse en la imposibilidad de autorizar Llamadas a teléfonos prepago pero solo en el caso de que no pueda ser identificado su titular de modo que podrán ser autorizadas cuando por el medio que resulte pertinente dicha identificación sea posible, pues en la actualidad existen sistema de puntos en los que es posible identificar al titular mediante el correspondiente documento de la compañía telefónica. Tampoco plantea problemas el respeto a la intimidad de los interlocutores, pues la aportación del contrato telefónico puede hacerse por simple exhibición, y si se aporta fotocopia, en ella pueden suprimirse los datos relativos al número de cuenta bancaria o cualquier otro relativo al comunicante que no interesen al Centro penitenciario para su correcta identificación. Finalmente, debe resaltarse que por el Centro se informa que el interno ya tiene autorizados diez números de teléfono que es el máximo de números que se pueden tener autorizados simultáneamente, por lo que viene ejercitando normalmente su derecho a comunicar por vía telefónica, y que su queja es genérica pues no especifica con qué persona o personas pretende la comunicación aparte de las de las ya autorizadas, lo que podría tomarse en cuenta para individualizar la respuesta a la queja planteada en caso de que se tratase de parientes próximos u otras personas especialmente allegadas y se acreditase la necesidad de dicha comunicación y la imposibilidad o dificultad de comunicar por otros medios.

En atención a todo lo expuesto, Acuerdo: Estimar en parte la queja formulada por el interno D.A.L., y consecuencia:

- 1.- Que debe exigirse la identificación del interlocutor en las llamadas telefónicas que efectúen los internos.

- 2.- Que como regla general es correcto el sistema de exigir la acreditación documental mediante exhibición o aportación de fotocopia del contrato telefónico donde se identifique a su titular, pudiendo suprimirse los datos que no sean necesarios para la identificación.
- 3.- Que en consecuencia no se autorizan las llamadas a los teléfonos con sistema de tarjeta prepago salvo que se identifique de alguna forma a su titular.

## **COMUNICACIONES FAMILIARES**

### **30.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 02/04/09**

**Autoriza comunicaciones con esposa, víctima del delito, al no existir base legal para denegarlas.**

Por autos de fecha 18/12/08 y 29/01/09, del Juzgado Vigilancia Penitenciaria N. 3 de Madrid, se confirmaba la resolución del Director del Centro Penitenciario Madrid VI, de fecha 6 de noviembre de 2008 que acordaba restringir las comunicaciones del Interno J.C.S.M. con su esposa.

Las comunicaciones de los internos con sus familiares y muy especialmente con su cónyuge están contemplados en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo. El artículo 25.2 de la Constitución establece como norma el respeto a los derechos fundamentales del penado salvo los limitados por el contenido del fallo condenatorio el sentido de la pena y la ley penitenciaria... y reconoce en todo caso el derecho al desarrollo integral de su personalidad, difuso derecho, pero que es evidentemente incompatible con la reducción del recluso al mundo carcelario y la negación de apertura al mundo exterior. La forma en que vienen redactados los artículos 51 y 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en términos imperativos “Los internos estarán autorizados para comunicar...” “Los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente

adecuados para las visitas familiares...” refuerzan la interpretación de las comunicaciones como un auténtico derecho subjetivo. En el caso de la esposa, reforzado por el hecho mismo del matrimonio y los derechos y deberes que conlleva conforme a los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil -los cónyuges son iguales en derecho, deben vivir juntos, ayudarse y socorrerse mutuamente, etc.-”.

En el presente caso el penado ha de cumplir 9 meses de prisión por un delito de agresión a su esposa. Además hubo de cumplir una pena de alejamiento respecto de la misma por tiempo de dos años. Ahora bien tras la condena por sentencia de 22-11-05 lo cierto es que la prohibición de acercarse a su esposa, y comunicar con ella durante dos años se inició el 26 de junio de 2006 y finalizó el 24 de junio de 2008, según liquidación de condena aportada a los autos. Por el contrario la pena privativa de libertad comenzó a cumplirse a finales del año 2008 y sigue cumpliéndose en la actualidad.

Así las cosas no existe en principio base legal para denegar al penado las comunicaciones especiales con su esposa pues, de hecho, éstas no se restringen, sino que las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia simplemente se suprimen. Para ello no basta con alegar la condena preexistente pues ella no le priva en la actualidad del derecho a comunicar con su esposa. El acuerdo del Director del Centro se limita a decir que prohíbe la comunicación por seguridad al persistir un potencial de agresividad, sin más matización ni acompañamiento de algún informe en tal sentido, y por el buen orden del establecimiento, que quedaría afectado por una hipotética agresión que llega a calificarse de eventual hecho luctuoso. Son razones insuficientes por lo genéricas y teóricas sin traslación al caso concreto, sin establecerle cual sea el riesgo que justifica la medida, y que vienen a dilatar la prohibición de comunicación y cercanía entre los esposos más allá de lo que ha hecho la sentencia condenatoria. Se estimará el recurso y se acordará la autorización de las comunicaciones del interno con su esposa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Estimar el recurso interpuesto por el interno J.C.S.M., contra los Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, revo-

cando las expresadas resoluciones, y declarando de oficio las costas devengadas en la sustanciación del recurso.

### **31.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 13/02/09**

**Autoriza comunicaciones con esposa. Establecidas por voluntad de ésta no determinan incumplimiento (quebrantamiento) de la condena.**

En este juzgado se tramita expediente número 4395/08, en virtud de escrito remitido por el interno del Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar, interponiendo una petición solicitando poder comunicar con su esposa. Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe, que obra unido a las actuaciones.

En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece la competencia del Juez de Vigilancia de 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.

Las comunicaciones entre el interno F.M.P. y su esposa, establecidas por voluntad de ésta, como consta plenamente acreditado en el expediente, no se entienden, en modo alguno, incumplimiento de la sentencia (Ejec. 10/2008 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2a); por ello, la prohibición del Sr. Director, fundada exclusivamente en dicha sentencia, no puede ser mantenida. Se prohibieron las comunicaciones por la Dirección de la Prisión porque se entendía que ello venía impuesto por la sentencia de condena citada; al valorar este Juzgado que las comunicaciones de la esposa, destinataria de la protección, no determinan el incumplimiento (quebrantamiento) de la condena, se debe concluir que la prohibición administrativa de comunicar carece de base. Los argumentos que llevaron a esta conclusión son los siguientes: 1) el principio de personalidad de las penas, cuya vigencia en nuestro ordenamiento constitucional no ofrece dudas (Sentencia del Tribunal Constitucional fecha 04-06-01); 2) la

delimitación del alcance de la prohibición para el destinatario de la protección a consecuencia de lo anterior y, muy especialmente, la consideración de que el penado no puede ser garante del comportamiento del destinatario de la protección, es decir: que el penado no quebranta cuando se trata de comunicaciones establecidas por el destinatario de la protección, por ello procede estimar la petición del interno y autorizar las comunicaciones con su esposa.

En atención a todo lo expuesto, Acuerdo: Estimar la petición del interno autorizándole las comunicaciones con su esposa

### **AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO SECCIÓN SEGUNDA DE FECHA 10-11-2009.**

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se dictó auto de fecha 29 de abril de 2009, en expediente 4395/08, en que se acuerda desestimar el recurso de reforma formulado por el Ministerio Fiscal, contra el auto dictado el 13 de febrero de 2009, en el que se acuerda estimar la petición del interno, autorizándole las comunicaciones con su esposa.

Frente al referido Auto se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal. Una vez remitidos los autos correspondieron por turno de reparto a la Sección Segunda de esta Audiencia, Provincial, se turnaron con el número de rollo 78/09, y se pasaron al Magistrado Ponente para que, previa deliberación de la Sala dictara la resolución precedente.

La Sala no puede más que dar la razón tanto al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal como a la decisión inicial del la Administración penitenciaria, entendiendo que no resulta ajustado lo señalado en la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Ello es así por cuanto que si existe una resolución judicial, firme y definitiva, en la que se establece la prohibición de comunicación entre el penado y una persona concreta, durante un determinado periodo de años, resulta evidente que ninguna Administración pública, ni desde luego la Administración penitenciaria, puede ser coadyuvante en la transgresión del mandato judicial.

Como esto resulta tan obvio hemos de eludir cualquier tipo de elucubración o posicionamiento doctrinal pues sólo se trata de no colaborar en la transgresión de un mandato judicial firme y definitivo.

Así la resolución judicial ha de verse rectificada en el sentido de ratificar el Acuerdo del Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar en virtud del cual se denegaba la visita entre el penado y su esposa.

La Sala acuerda: Revocar el Auto dictado, en fecha 29/4/09, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Galicia (Pontevedra) en el sentido de no autorizar la comunicación del interno con su esposa.

### **INFORME DEL JURISTA DEL CENTRO PENITENCIARIO de fecha 21-10-08**

ASUNTO: Informando sobre solicitud de comunicación de esposa del interno.

La esposa del interno no ha formalizado por escrito su solicitud de comunicar con el mismo pero se ha presentado en este Centro manifestando expresamente su deseo de comunicar con él.

No se ha accedido a la solicitud de comunicación porque el fallo de la sentencia condenatoria por la que cumple condena el informado (Ejec. 10/2008 de la Audiencia Provincial de Lugo Sec. 2ª) establece la prohibición de aproximarse a su esposa o comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de 12 años (6 años por el delito de maltrato habitual y otros 6 años por el delito de detención ilegal).

El contenido del fallo vincula obligatoriamente a la Administración Penitenciaria y la posible modificación del mismo debería plantearse ante el Tribunal Sentenciador, toda vez que dicha facultad no figura entre las competencias que el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

## **INFORME DEL FISCAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 24-02-2009**

### **AL JUZGADO**

El Fiscal, habiendo recibido traslado del Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Galicia (Pontevedra) de fecha 13 de febrero de 2009 por el que se acuerda acceder a autorizar las comunicaciones del interno del Centro penitenciario de Pereiro de Aguiar, F.V.M.P., las cuales fueron denegadas por la Dirección del Centro Penitenciario, dice que al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial interpone recurso de reforma y subsidario de apelación, frente a la referida resolución en base a las siguientes

### **ALEGACIONES**

El Juez de Vigilancia estima la petición del interno, que cumple condena por delitos de maltrato habitual a la esposa y detención ilegal de ésta, imponiéndosele en dicho procedimiento una pena accesoria de prohibición de acercamiento y comunicación del interno con su esposa por tiempo total de doce años, la cual está ejecutándose y está aún vigente.

Estamos de acuerdo con lo manifestado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los razonamientos jurídicos de la resolución impugnada en cuanto al principio de personalidad de las penas y en lo referente a que el penado no puede ser garante del comportamiento de la persona protegida por la pena de alejamiento, pero una cosa es lo que se acaba de decir y otra muy distinta y que no hay que confundir es obligar a un establecimiento público, como es un Centro penitenciario a que colabore y preste su cooperación dando facilidades para un acto de comunicación cuya prohibición ha dispuesto otro órgano judicial, por mucho que así lo desee la esposa del interno, pues en el caso de que se autorizasen tales comunicaciones (por locutorio o no digamos si se trata de vis a vis íntima) y durante la misma se vuelve a cometer otro delito de semejante naturaleza por parte del acusado hacia su mujer o aún más grave (piénsese en la posibilidad de un homicidio o una agresión sexual), la Administración penitenciaria sería responsable por haber permitido dicha comunicación-.

Independientemente de las consideraciones anteriores, hay que añadir que los responsables del propio Centro penitenciario podrían estar colaborando en la posible perpetración de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468. 2 del Código Penal vigente, ya que si bien hubo una cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo y de varias Audiencias Provinciales en sentido negativo, sin embargo, en el Acuerdo no jurisdiccional del la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008 se adoptó el criterio de que “el consentimiento de la mujer víctima de maltrato no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal”.

Por lo expuesto, el Fiscal interesa que se tenga por interpuesto el presente recurso en tiempo y forma, debiendo procederse a su tramitación conforme dispone el ordenamiento jurídico y que revocándose la resolución impugnada, se dicte otra en el sentido de desestimar en su totalidad la petición del interno, solicitando que en lugar del Auto recurrido se dicte otro por el que se proceda a no autorizar las comunicaciones del interno antes citado con su esposa en el establecimiento penitenciario donde aquel cumple condena.

### **32.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 12/03/09**

**Desestima queja sobre suspensión de comunicación con sus padres pese a no estar vigente la orden de alejamiento.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.F.M. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez formulando queja sobre intervención de comunicaciones, escrito del interno de fecha 21-01-2009.

Procede la desestimación de la queja sobre suspensión de comunicaciones con sus padres, porque con Independencia de que no esté vigente una orden de alejamiento hacía la misma, sin embargo, en fecha 12 de Enero de 2009 se acordó la restricción de comunicaciones, impidiéndose los vis a vis, y esta restricción tiene su fundamento en que el Centro está obligado a preservar la vida no sólo de los internos sino de las personas



que acuden al Centro Penitenciario y, es evidente que cuando alguien ha sido condenado por maltratar a sus padres, existe riesgo de que dicha conducta se repita, y ello con independencia de que la persona sobre la que recae el riesgo quiera asumirlo, porque en caso de que dicho riesgo se materialice se podría exigir responsabilidad a la Administración Penitenciaria.

Se desestima la queja del interno A.F.M. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Director del Centro Penitenciario y entréguese copia al interno, informándole que contra la misma puede interponer recurso de reforma, en el plazo de tres días, ante este Juzgado, o recurso de apelación en el plazo de cinco días, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, pudiendo también interponer el recurso de apelación con carácter subsidiario al interponer el recurso de reforma.

### **33.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 09/03/09**

#### **Desestima queja del interno sobre comunicaciones con su madre.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno L.V.C. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez formulando queja sobre comunicaciones con su madre.

A la vista del informe del Centro Penitenciario, procede la desestimación de la queja planteada por el interno referenciado, al no objetivarse abuso de poder o desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria. El interno se queja de las comunicaciones con su madre, el Centro informa que con fecha 17/12/07 acordó por medio de la Orden de Dirección 830/07 la suspensión de las comunicaciones orales, especiales, escritas y telefónicas del interno con J.A.C.L. y A.C.C., como consecuencia de la Ejecutoria 1979/05, dimanante del

Juzgado de Ejecuciones Penales nº 12 de Madrid, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Colmenar Viejo, en la que se le condena, entre otras penas, con la prohibición de aproximarse a J.A.C.L. y A.C.C. a una distancia no inferior de 500 metros, y de comunicarse por cualquier medio por un período de un año y ocho meses (Orden de Dirección nº 965/08 de restricción de comunicaciones especiales ).

No obstante, con fecha 13 de noviembre y al detectarse un error en la liquidación de Condena que se adjunta, por medio de la Orden de Dirección 992/08 se deja sin efecto la Orden 830/07 en la que se suspendía todo tipo de comunicaciones del interno con A.C.C., quedando establecidas las comunicaciones orales, escritas y telefónicas.

No obstante lo anterior, y de conformidad con la Instrucción 4/2005 del Centro Directivo, referente a las comunicaciones de los internos, en su apartado A.1.F se establece” que los internos que se encuentren detenidos, presos o penados por delitos de violencia doméstica y/o sobre los que se haya dictado orden judicial de alejamiento, no se les autorizarán comunicaciones con las víctimas, salvo que resoluciones judiciales dispongan lo contrario”, es por lo que esta Dirección acuerda por medio de la orden 993/08 las restricciones de las comunicaciones especiales del interno con su madre A.C.C., manteniéndose el resto de las comunicaciones previstas en la legislación vigente, con la finalidad de evitar serios problemas para las personas en su integridad física e incluso para la vida, y por todas la demás razones expuestas en el acuerdo de restricción. A la vista de lo expuesto procede la desestimación de la queja.

Se desestima la queja del interno L.V.C. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

### **34.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE TOLEDO DE FECHA 24/03/09**

**Desestima queja sobre comunicaciones familiares con hermano y madre de pareja sentimental.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno N.A.M.C. del Centro Penitenciario Ocaña I formulando queja sobre comunicaciones familiares.

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.

En el presente caso el interno N.A.M.C. formula queja solicitando autorización para disfrutar de comunicaciones familiares con el hermano y la madre de su pareja sentimental.

Los artículos 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41.2 del Reglamento Penitenciario establecen como regla la libertad de comunicación de los internos, de forma oral o escrita, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria con la finalidad de mantener el contacto del interno con el exterior y preservar sus relaciones personales evitando la segregación y aislamiento del preso respecto del mundo exterior.

La normativa penitenciaria distingue, en lo relativo a comunicaciones orales, entre familiares y el resto de personas, a los que denomina visitantes, incluyendo en este concepto a cualquier persona que no tenga vínculo de parentesco con el preso. De esta forma, los familiares deberán acreditar el parentesco con los internos y los visitantes que no sean familiares deberán obtener autorización del Director del Establecimiento para poder comunicar (artículo 42.5 del Reglamento Penitenciario).

Así pues, el régimen jurídico es diferente para unos y otros: para comunicar con un familiar sólo es preciso acreditar la existencia de la relación de parentesco, sin que sea precisa autorización previa de la Dirección del Centro, mientras que para comunicar con el resto de personas que no ten-

gan ese vínculo legal o análogo reconocido legalmente y suficientemente acreditado es precisa la autorización previa del establecimiento.

De conformidad con el contenido de los artículos 915 y siguientes del Código Civil, sólo se reconoce efectos jurídicos a la relación de afectividad análoga a la conyugal, pero únicamente referida a la pareja, no a los familiares de la misma. Así pues, es evidente que el interno puede comunicar con el hermano y la madre de su pareja, bien incluyéndolos en la relación de visitantes, o bien acreditando que los mismos tienen para él la condición de allegados íntimos, es decir que está unido a ellos por una relación estable de acentuada confianza, trato habitual y afectividad, circunstancia ésta que el penado no alega en el presente caso.

Así pues, por todo lo anteriormente expuesto, se considera que la decisión del Centro Penitenciario es legal y, en consecuencia, se desestima la queja formulada.

Se desestima la queja del interno N.A.M.C. del Centro Penitenciario Ocaña I.

### **35.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE FECHA 24/09/10**

**Estima queja. Comunicación de convivencia con hijo menor de 7 años acompañado de su cuñada.**

El interno citado ha formulado queja ante este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria solicitando comunicaciones de convivencia con su hijo de siete años, que tiene que ser acompañado por su cuñada la cual está autorizada para ello, ya que no se lleva con la madre de su hijo.

Como es sabido, hacen posible que los internos puedan establecer contacto periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria (artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 del Reglamento Penitenciario). El derecho a comunicar viene garantizado en la Constitución Española, no sólo como expresión del artículo 18.3

sino también y primordialmente del artículo 25.2 de la Constitución Española, pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos. Este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los presos y adquiere, por ello, una gran importancia en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Gracias a las comunicaciones el interno no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y se le permite relacionarse con el exterior. En definitiva, las comunicaciones posibilitan la futura vida en libertad en el seno de la sociedad (Sentencia 175/1997 de 27 de octubre).

Las comunicaciones especiales recogidas en el artículo 45 del Reglamento Penitenciario consisten en la posibilidad de comunicar “vis a vis” y pueden ser de tres tipos: íntimas, familiares y de convivencia; todas ellas son compatibles y acumulables y se pueden suceder en el tiempo, salvo que perjudiquen a un tercero (criterio 33 de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria). Con respecto a las de convivencia, éstas 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 diez años y tienen por objeto facilitar la convivencia en el orden familiar. Deben ser los cónyuges o convivientes en consideración a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad quienes decidan la forma idónea de esas visitas de convivencia y los que participan en la misma. Cualquier intromisión de la Administración Penitenciaria en este terreno que afecta a relaciones y obligaciones personalísimas carece de apoyo jurídico. Estas comunicaciones son extensibles a quienes acrediten con los internos una relación de convivencia, con independencia de que se tengan hijos o no.

En el presente supuesto, lo que se plantea en el fondo por el interno es el de poder mantener relaciones de convivencia con el niño de siete años, al que obligatoriamente ha de traer a su prisión su cuñada, a quien su mujer, con la que “no se lleva” ha autorizado. Es un caso más en el que se demuestra lo razonable de no exigir acumuladamente la presencia de cónyuge (o conviviente) e hijos, pues es absurdo exigir a la esposa separada legalmente o de hecho (o divorciada) que acuda a prisión quiera o no, y no es lógico ni justo privar al padre de convivir, en la medida de lo posible, con su hijo, y viceversa. Evidentemente, el niño tendrá que ser acompañado hasta la prisión por alguien, y la comunicación tendrá que respe-

tar el régimen de visitas pactado o establecido en el juicio civil de separación o divorcio, si hay resolución judicial que se pronuncie sobre este punto como medida provisional o definitiva, sin que quepa que esa resolución sea alterada por ésta o por una resolución administrativa. Pero, dentro de ese marco, cabe la visita de convivencia y que el menor sea acompañado hasta el Centro por algún familiar (abuelos paternos, tíos, etc.) que incluso puedan permanecer unos minutos con él mientras se entable una relación fluida con el padre. También en este punto se estimará la queja.

Decido: Estimar en parte la queja interpuesta por C.A.M.J. del Centro Penitenciario Lanzarote, en el sentido de autorizar las comunicaciones especiales de convivencia con su hijo, pudiendo este ser acompañado por su tía, quien podrá incluso permanecer unos minutos con el menor mientras se entable la relación fluida del niño con el padre.

### **36.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/06/09**

#### **Concepto de allegado.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.C.P.V. del Centro Penitenciario Villabona formulando queja sobre comunicación con una mujer allegada.

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 C.P., debe señalarse que el interno se encuentra clasificado en 2º grado de Tratamiento Penitenciario y administrativamente dentro del colectivo FIES 2 D.O.

El interno conforme al artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario, ha venido comunicando vis a vis familiar ordinarios todos los meses desde junio de 2008 hasta mayo de 2009, excepto el mes de marzo del presente año, que al parecer no lo solicitó y algún que otro extraordinario. Así mismo también ha venido comunicando vis a vis íntima ordinaria con su esposa desde mayo a noviembre de 2008 y con fecha 31-12-2008 renuncia a toda comunicación íntima con ésta.

Por otra parte, el interno también ha comunicado por locutorios en varias ocasiones con la mujer allegada. En cuanto a la queja presentada y en lo referente a la no autorización para la celebración de un vis a vis familiar con su “allegada íntima”, respecto a las comunicaciones y visitas con allegados, establece el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos... Por otra parte el artículo 53 del mismo cuerpo legal, dispone que los establecimientos dispondrán de locales anejos adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos..., precepto que se desarrolla en los artículos 41.1 y 45 del Reglamento Penitenciario.

Respecto a las comunicaciones familiares, se ha resaltado la importancia de las mismas, dado que se estima cumplen una función tan básica como la de mantener o desarrollarlas relaciones familiares en un sentido global (apoyo afectivo, comunicación, ayuda etc.)

Ahora bien, respecto al concepto de “allegados”, se ha discutido, primeramente, si legalmente se asimila al de familiar y en segundo lugar, si dicha relación aún considerada como diferente a la familiar y referida a una especial e íntima amistad; ha de probarse o acreditarse por el interno. Respecto a la primera cuestión, entendemos que se trata de términos legalmente, dado que así se desprende de la conjunción o en el artículo 52 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que prevalece sobre las disposiciones reglamentarias y que clarifica el alcance conceptual del término al añadir “íntimos”. Y en todo caso, sobre el segundo punto, resulta evidente que aún considerando que se trata de términos conceptualmente diferentes, es exigible por parte del interno, al menos, un principio de prueba sobre la especial relación íntima con el allegado, dado que no puede considerarse tal al mero amigo o una persona relativamente próxima o cercana, sino que ha de ser alguien con el que mantenga una especial intimidad o afinidad, como si de la familia se tratara.

En este sentido el propio artículo 42.5 del Reglamento Penitenciario establece que “los familiares deberán acreditar el parentesco con los internos y los visitantes que no sean familiares, habrán de obtener autorización del Director del establecimiento para comunicar”. Es decir, por regla general, las comunicaciones familiares se conceden sistemáticamente, siendo suficiente acreditar la relación de parentesco; por el contrario, cuando se trate de otras personas, la regla general es la exigencia previa de la pertinente autorización del Director.

En la misma línea argumentativa expuesta, se han manifestado diversas resoluciones judiciales, como las que se reseñan a continuación:

“...No puede sostenerse, como parece desprenderse de la queja del interno, que él sea la única persona capacitada para determinar la comunicación de quiénes tiene él como allegado íntimo, y así mismo, que para comunicar con familiares, se requiere acreditar previamente mediante libro de familia, certificado del Registro Civil o cualquier otro medio idóneo, la existencia del vínculo de parentesco que le une con el interno, de igual manera para sostener comunicaciones con personas en calidad de amigos íntimos es igualmente necesario aportar alguna acreditación a cuya vista poder decidir”.

Es decir, abundando en la tesis anterior, los familiares estarían obligados a presentar acreditación documental, mientras que los amigos íntimos sólo requerirán una manifestación del interno, lo que resulta paradójico y poco racional (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante de fecha 7-11-2003).

“...allegado no es toda persona relativamente próxima o cercana sino amigo de verdad, al que se le quiere como de la familia” Pero si es exigible un principio de prueba de la relación (personas de igual localidad y barrio, coincidentes en el Centro Educativo, vecinos de igual casa, etc..)” (Auto 965/2002 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta. Rollo 376/2002)

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 J.C.P.V. del Centro Penitenciario Villabona.

### **37.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 09/12/09**

**Estima la queja disponiendo que las comunicaciones de convivencia se concedan con carácter mensual.**

Por el interno J.A.M., 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.

Las comunicaciones de convivencia se pueden conceder a 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 poten-

cien 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 5ª, de 28 de abril de 2000).

En consecuencia procede la estimación de la queja formulada por el interno.

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.

Se estima la queja interpuesta por el interno J.A.M., y se insta al Centro Penitenciario a que las comunicaciones de convivencia del recurrente se concedan con carácter mensual.

### **38.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SEVILLA DE FECHA 02/10/09**

**No ajustado a derecho el acuerdo de restricción. Síntomas de consumo de drogas tras una comunicación familiar -duda razonable-.**

El presente expediente penitenciario se ha incoado en virtud de comunicación del Centro Penitenciario de Sevilla II, relativa a la restricción de comunicaciones acordada el 22-06-09 al interno de dicho centro R.T.G., respecto de su madre.

Notificado el acuerdo administrativo al interno éste ha formulado queja contra el acuerdo. Dado traslado al Ministerio Fiscal, este ha evacuado el trámite informando que procede la desestimación de la queja.

El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece el derecho de los internos a comunicar periódicamente de forma oral y escrita en su propia lengua, con la familia, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, prevé que no tendrán mas restricciones que las impuestas por razones de Seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Estas restricciones son objeto del artículo 51 del citado artículo cuando autoriza al Director del establecimiento a suspender o intervenir las comunicaciones orales y escritas dando cuenta a la autoridad judicial competente.

Indicando la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/97 de 27 de octubre y 200/97 de 24 de noviembre que la dación de cuentas que realiza la Administración penitenciaria implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida, efectuado a posteriori, mediante una resolución motivada, añadiendo que ello es conforme con la competencias propias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues es éste quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados.

A tal fin este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ha de ponderar los derechos fundamentales del recluso y la proporcionalidad de la medida restrictiva de éstos en función de los fines perseguidos con la restricción y de la propia conformidad de estos últimos con la Constitución. Así consta en autos que el día 17-06-09 el interno tuvo una comunicación familiar con su madre y que el 18 del mismo mes el interno y su compañero de celda presentaban síntomas de haber consumido drogas, hecho que fue corroborado mediante analítica médica, aprehendiéndosele, además, a su compañero 11 trozos de pastillas blancas y un trozo de hachís, pero no puede extraerse con certeza que dicha sustancia fuera entregada un día antes al interno por su madre en la comunicación que mantuvo, en primer lugar, dado el tiempo transcurrido y, en segundo lugar, al serle aprehendida dichas sustancias no al interno sino a su compañero de celda, existiendo por ello dudas razonables de la relación causal extraída por la dirección del centro. Por tanto, este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria entendiendo los hechos en que se basa el acuerdo de restricción entiende que no se

da una proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada y por ello al no concurrir los requisitos del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en relación al artículo 41 del Reglamento Penitenciario pues no se puso en peligro la seguridad del centro, ni el buen orden del mismo ni consta que el acuerdo lo fuera por interés del tratamiento, procede no declarar ajustada a derecho la restricción de comunicaciones al interno del centro.

Dispongo: Declarar no ajustado a derecho el acuerdo de restricción de comunicaciones al interno R.T.G., del Centro Penitenciario de Sevilla II en relación a su madre, estimando con ello la queja planteada.

# **CAPÍTULO 5**

## ***DERECHOS***



## **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

### **39.- SENTENCIA 132/2009 DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 01/12/09**

**Caso contra Italia. Régimen penitenciario especial. Estimación parcial de la demanda.**

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 24418/2003) dirigida contra la República italiana que un ciudadano de este Estado, («el demandante»), había presentado ante el Tribunal el 20 de junio de 2003 en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»).

El demandante estuvo representado por Abogado colegiado en Parma. El Gobierno italiano («el Gobierno») estuvo representado por su agente y por su antiguo coagente.

El demandante alegaba en particular que las condiciones en las que estuvo encarcelado se consideran inhumanas y degradantes y suponen una vulneración de sus derechos al respeto de su vida familiar y de su correspondencia.

El 29 de septiembre de 2006, el Tribunal decidió notificar la demanda al Gobierno. De acuerdo con el artículo 29.3 del Convenio, decidió igualmente que la Sala se pronunciaría a la vez sobre la admisibilidad y el fundamento del asunto.

Tanto el demandante como el Gobierno presentaron sus alegaciones escritas sobre el fondo del asunto (artículos 59.1 del Reglamento).

## **Hechos**

### **Las circunstancias del caso**

El demandante nació en Nápoles en 1958. Fue condenado por asociación de malhechores y otros delitos. El conjunto de penas impuestas al interesado dio lugar a una decisión de acumulación, adoptada el 10 de septiembre de 1999 por el Fiscal de Nápoles, fijando en treinta y un años la pena a cumplir.

Desde su arresto, en septiembre de 1992, el demandante fue encarcelado en varias prisiones italianas (principalmente Parma, Ascoli Piceno Sulmona). El abogado del demandante indicó que su cliente fue ingresado en el sector penitenciario E.I.V. (elevato indice di vigilanza) del artículo 14 bis OP. No presentó quejas al respecto.

El 15 de septiembre de 1992, teniendo en cuenta su peligrosidad, el Ministerio de Justicia dictó una orden sometiendo al demandante, por un período de seis meses, el régimen especial penitenciario previsto por el artículo 41 bis, párrafo 2, de la Ley sobre la administración penitenciaria - núm. 354 de 26 de julio de 1975 («la Ley núm. 354/1975»). Modificada por la Ley núm. 356 de 7 de agosto de 1992, esta disposición permitía la suspensión total o parcial de la aplicación del régimen normal penitenciario cuando razones de orden y de seguridad públicas lo exigían. La orden imponía las siguientes restricciones:

- Limitación de las entrevistas con los miembros de la familia: un máximo de una al mes de una hora de duración
- Prohibición de mantener entrevistas con terceras personas;
- Prohibición de utilizar el teléfono;
- Prohibición de recibir o enviar al exterior sumas de dinero por encima de una cantidad determinada;
- Prohibición de recibir paquetes, salvo los que contengan ropa;
- Prohibición de elegir representantes de los presos y de ser elegido como representante de los mismos;



- Prohibición de ejercer actividades artesanales;
- Prohibición de organizar actividades culturales, deportivas y recreativas;
- Prohibición de comprar alimentos que requieran cocción;
- Limitación del paseo a dos horas diarias.

Asimismo, la correspondencia del demandante debía someterse a censura, previa autorización de la autoridad judicial.

La aplicación del régimen especial al demandante fue prorrogado por períodos de seis meses hasta diciembre de 2002, y posteriormente de un año. El demandante señala que el régimen se suavizó en la medida en que, a partir de 1997, la prohibición de comprar alimentos que requirieran cocción fue levantada; el número de paquetes por mes se aumentó a dos y podría haber otras cosas que ropa en su interior; se autorizó una llamada al mes a la familia, escuchada y grabada, en caso de que la visita mensual de la familia no tuviera lugar. Además, a partir de 1998, la limitación del paseo a dos horas diarias fue suprimida. En definitiva, por decisión del Tribunal de vigilancia penitenciaria de Ancona de 29 marzo 2004, la duración máxima de una hora de la entrevista mensual con los miembros de la familia fue suprimida.

El demandante expone haber recurrido sistemáticamente las órdenes ante el Tribunal de vigilancia penitenciaria competente («el TAP»), alegando la aplicación del régimen especial y solicitando la suspensión de las limitaciones. Obtuvo decisiones judiciales que suavizaban, llegado el caso, algunas limitaciones, y confirmaban la aplicación del régimen 41 bis debido a que las condiciones para el mantenimiento del régimen especial se habían cumplido, a la luz de las informaciones obtenidas por la policía y por las autoridades judiciales sobre el demandante.

Sin embargo, por decisión de 23 mayo 1994, 8 mayo 1995 y 12 febrero 2002, el TAP competente declaró el recurso inadmisibles debido a que el Decreto recurrido había sido derogado.

Las partes indicaron que el demandante ya no estaba sometido al régimen 41 bis, tras la decisión del TAP de Ancona de 8 junio 2006.

Documentos anexos al sumario muestran que la correspondencia del demandante fue sometida a control los días 15 y 27 de abril, 22 de mayo,

5 de junio, 17 de julio, 28 de agosto, 20 de diciembre de 2000 y posteriormente los días 18 de abril y 22 de mayo de 2001. Resulta de la decisión de 14 junio 2004 del Juez de vigilancia penitenciaria de Macerata que el demandante se quejó de que dos cartas no le habían sido entregadas, queja que fue juzgada como carente de fundamento.

Respecto a las condiciones de salud del demandante, se desprende de su expediente médico que en 1981 se le extirpó un riñón; que, como consecuencia de herida de arma de fuego, tenía lesiones en el hígado; que, tras una transfusión, dio positivo en el test de hepatitis B y C. Sufría igualmente epilepsia post-traumática y de cardiopatía. En febrero de 2001, fue sometido a un examen quirúrgico de los vasos sanguíneos de la pierna izquierda, tras un diagnóstico de una trombosis de la arteria poplítea que le provocó una arteriopatía crónica. En opinión de los médicos no era necesario proceder al implante de un by-pass femoral, ya que no existía isquemia crítica. El demandante cojeaba. Además de los controles efectuados por especialistas en angiología y en ortopedia, el demandante fue controlado por un dermatólogo, debido a reacciones alérgicas; por un psiquiatra, por depresión y ansiedad, y por un especialista en enfermedades infecciosas.

Se desprende del sumario que el demandante se quejó ante el TAP de Ancona de su estado de salud en relación con el régimen penitenciario 41 bis. En su decisión de 29 marzo 2004, el TAP juzgó que no existía relación entre el estado de salud del demandante y el régimen especial penitenciario; en efecto, ninguna incompatibilidad entre el estado de salud del interesado y la detención fue revelada y no resultaba que los cuidados ofrecidos fueran insuficientes o inadecuados.

La arteriopatía grave en las piernas y los problemas en los meniscos suponían una incapacidad para andar que fue reconocida como invalidez del 50% por las autoridades sanitarias el 31 de agosto de 2005. El demandante podía ayudarse para andar por la prisión con bastones «canadienses». El 14 de octubre de 2005, las condiciones de salud del demandante fueron juzgadas como buenas, a pesar de las patologías que sufría. El 10 de noviembre de 2005, el psiquiatra adaptó el tratamiento de medicamentos, puesto que encontró al demandante «más bien agitado, preocupado y ansioso».

El 29 de diciembre de 2005, el psiquiatra encontró al demandante «agitado, ansioso, irritable» y constató que el pensamiento de éste estaba focalizado en sus vicisitudes judiciales. En enero de 2006, problemas psíquicos, que condujeron al demandante a cometer actos de automutilación, fueron mencionados en el expediente médico.

### **La legislación y la jurisprudencia internas aplicables**

En la Sentencia Ospina Vargas, y últimamente en la Sentencia Enea, el Tribunal resumió la legislación y la jurisprudencia internas aplicables en cuanto al régimen especial penitenciario aplicado en este caso y en cuanto al control de la correspondencia (Ospina Vargas contra Italia, núm. 40750/1998, aps. 23-33, 14 octubre 2004; Enea contra Italia [GC], núm. 74912/2001, aps. 30-42, 17 septiembre 2009). Tuvo igualmente en cuenta las modificaciones realizadas por la Ley núm. 279 de 23 de diciembre de 2002 y por la Ley núm. 95 de 8 de abril de 2004 (*ibidem*).

Teniendo en cuenta esta reforma y las decisiones del Tribunal (Ganci contra Italia, núm. 41576/1998, aps. 19-31, CEDH 2003-XI), el Tribunal de casación se apartó de su jurisprudencia y consideró que un preso tiene interés por obtener una decisión, aunque el período de validez de la orden haya vencido, debido a efectos directos de la decisión sobre las órdenes posteriores a la recurrida (Tribunal de casación, Sala Primera, Sentencia de 26 enero 2004, presentada el 5 de febrero de 2004, núm. 4599, Zara).

El ingreso en un sector penitenciario E.I.V. figura en la Sentencia Enea, citada, aps. 43-47.

### **Fundamentos de derecho**

#### **Sobre la excepción del gobierno**

El Gobierno plantea la inadmisión de la demanda en el sentido del artículo 35.2 b), en la medida en que el demandante presentó sus quejas al Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT) del Convenio de Europa.

El demandante se opone a esta tesis.

El Tribunal recuerda que ha tratado y rechazado esta excepción en demandas similares (por ejemplo, De Pace contra Italia, núm. 22728/2003, aps. 22-29, 17 julio 2008). En este caso, no observa ningún motivo para apartarse de esta conclusión.

En consecuencia, rechaza la excepción planteada por el Gobierno.

### **Sobre la violación del artículo 3 del Convenio**

El demandante se queja de la aplicación del régimen penitenciario 41 bis. Alega la violación del artículo 3 del Convenio, que dispone:

«Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

El Gobierno señala la peligrosidad del demandante, que justificó el hecho de que éste fuera sometido al régimen especial penitenciario. Las limitaciones impuestas al demandante por el régimen especial penitenciario 41 bis no alcanzaron el nivel mínimo de gravedad requerido para que el artículo 3 del Convenio fuera aplicable. Además, estas restricciones fueron progresivamente suavizadas. Tras la decisión del Tribunal de vigilancia penitenciario de 8 junio 2006, el demandante ya no fue sometido al régimen especial penitenciario. En cuanto a las condiciones de salud del demandante, las autoridades penitenciarias velaron constantemente por la salud de éste, realizándole exámenes y ofreciéndole los cuidados necesarios. En definitiva, el demandante no presentó pruebas de la existencia de malos tratos diferentes en relación con las restricciones ordinarias previstas por el artículo 41 bis de la Ley sobre la Administración penitenciaria.

El demandante remite a los informes del CPT sobre sus visitas en Italia publicados los días 27 de abril de 2006, 29 de enero de 2003 y 27 de enero de 2000, así como al informe del Comisario de los Derechos Humanos del Consejo de Europa publicado el 14 de diciembre de 2005. Posteriormente, hace referencia a su expediente médico y enjuicia el régimen 41 bis, sin criticar la calidad de los cuidados que le fueron ofrecidos y sin alegar una falta de seguimiento médico.

El Tribunal recuerda que, según su reiterada jurisprudencia, para que el artículo 3 del Convenio sea aplicable, un mal trato debe alcanzar un mínimo de gravedad. La valoración de este mínimo es relativa; depende del conjunto de datos del caso, principalmente de la duración del trato y

de sus efectos psíquicos o mentales así como, a veces, del sexo, de la edad del estado de salud de la víctima (Irlanda contra Reino Unido, 18 enero 1978, ap. 163, serie A núm. 25). Desde este punto de vista, el Tribunal debe constatar si la aplicación prolongada del régimen especial penitenciario previsto por el artículo 41 bis -que, por otro lado, tras la reforma de 2002, se convirtió en una disposición permanente de la Ley sobre la administración penitenciaria- durante más de seis años en el caso del demandante constituye una vulneración del artículo 3 del Convenio (Labita contra Italia, núm. 26772/1995, ap. 119, CEDH 2000-IV).

El Tribunal admite que en general, la aplicación prolongada de ciertas limitaciones puede colocar al preso en una situación que podría constituir un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 3 del Convenio. Sin embargo, no se podría fijar una duración precisa para determinar el momento a partir del cual se alcanza el umbral mínimo de gravedad para que el artículo 3 del Convenio sea aplicable. En cambio, se debe controlar si, en un caso concreto, la renovación y la prolongación de las restricciones está justificada (Argenti contra Italia, núm. 56317/2000, ap. 21, 10 noviembre 2005). Ahora bien, parece que para justificar la prórroga de las limitaciones, el Ministerio de Justicia ha hecho referencia cada vez a la persistencia de las condiciones que motivaron la primera aplicación. Además, los Tribunales de vigilancia penitenciaria controlaron la realidad de estas restricciones y, llegado el caso, las suavizaron. Por último, tras la decisión del Tribunal de vigilancia penitenciaria de Ancône de junio de 2006, el régimen en cuestión dejó de ser aplicado.

El Tribunal señala que el demandante no demostró que las restricciones a las que fue sometido tuvieron como consecuencia una degradación de su estado de salud. Por otro lado, el demandante no ofreció pruebas que demostraran que el hecho de ser sometido al régimen 41 bis le privó de un seguimiento médico adecuado y tampoco alegó que los cuidados que le ofrecieron fueran inapropiados.

A la luz de los elementos que dispone, el Tribunal no puede concluir que la aplicación prolongada del régimen especial penitenciario previsto por el artículo 41 bis causó al demandante efectos psíquicos o mentales que caigan en el ámbito del artículo 3. Por tanto, el sufrimiento que el demandante pudiera sentir no fue más allá del que implica inevitablemente una forma concreta de trato -en este caso prolongada- o de pena legítima (Enea contra Italia [GC], núm. 74912/2001, ap. 67, 17 septiem-

bre 2009, Labita contra Italia, previamente citada, ap. 120, y Bastone contra Italia, [dec], núm. 59638/2000, 18 enero 2005).

Por tanto, las condiciones del encarcelamiento del demandante no alcanzaron el umbral mínimo necesario de gravedad para que el artículo 3 del Convenio sea aplicable. Esta parte de la demanda debe ser, por tanto, rechazada por carecer manifiestamente de fundamento en el sentido de los artículos 35.3 y 35.4 del Convenio.

### **Sobre la violación del artículo 8 del Convenio (Derecho al respeto de la correspondencia)**

El demandante alega la violación de su derecho al respeto de su correspondencia. Invoca el artículo 8 del Convenio, así redactado en su parte aplicable:

- «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria (...), la seguridad pública, (...) la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El Gobierno discute esta tesis.

### **Sobre la admisión**

El Tribunal constata que esta queja no carecía manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 del Convenio. Por otro lado, el Tribunal señala que no presentaba ningún otro motivo de inadmisión y, por tanto, conviene declararla admisible.

### **Sobre el fondo**

El demandante se queja del control de su correspondencia por las autoridades penitenciarias y alega que éste no reposa en una base legal suficiente.

El Gobierno se opone a esta tesis.

El Tribunal considera que ha habido «injerencia de una autoridad pública» en el ejercicio del derecho del demandante al respeto de su correspondencia garantizado por el artículo 8.1 del Convenio. Dicha injerencia vulnera esta disposición salvo si, «prevista por la Ley», persigue una o varias finalidades legítimas de acuerdo con el párrafo 2 y, además, es «necesaria, en una sociedad democrática» para alcanzarlas ( Calogero Diana contra Italia, 15 noviembre 1996, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-V, ap. 28; Domenichini contra Italia, 15 noviembre 1996, Repertorio 1996-V, ap. 28; Petra contra Rumanía, 23 septiembre 1998, Repertorio 1998-VII, pg. 2853, ap. 36; Labita contra Italia, núm. 26772/1995, ap. 179, CEDH 2000-IV; Musumeci contra Italia, núm. 33695/1996, ap. 56, 11 enero 2005).

Con anterioridad al 15 de abril de 2004, el control de la correspondencia del demandante se realizaba conforme al artículo 18 de la Ley sobre la Administración penitenciaria. El Tribunal ha juzgado en varias ocasiones que el control de la correspondencia basado en el artículo 18 vulneraba el artículo 8 del Convenio ya que no estaba «previsto por la Ley» en la medida en que no regulaba ni la duración de las medidas de control de la correspondencia de los presos, ni los motivos que podían justificarlo, y no indicaba con demasiada claridad el alcance y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades competentes en el ámbito considerado (ver, entre otras, Sentencias Labita contra Italia, citada, aps. 175-185; Calogero Diana contra Italia, citada, ap. 33; De Pace contra Italia, núm. 22728/2003, ap. 56, 17 julio 2008; Enea contra Italia, citada, aps. 144 y 147). En este caso, no observa ninguna razón para apartarse de esta jurisprudencia.

En vista de lo que antecede, en la medida en que el control de la correspondencia del demandante se remonta al período 2000-2001, no estaba “previsto por la Ley” en el sentido del artículo 8 del Convenio. Esta conclusión hace que no sea necesario verificar, en este caso, si se han respetado otras exigencias del párrafo 2 de la misma disposición.

Ha habido, por tanto, violación del artículo 8 del Convenio.

### **Sobre las otras violaciones**

Invocando el artículo 8 del Convenio, el demandante se queja de las restricciones a la vida familiar que se desprenden de la aplicación del régimen 41 bis. Bajo el ángulo de los artículos 6 y 13 del Convenio, se queja de no haber tenido a su disposición recursos internos efectivos contra las decisiones de aplicación y prórroga del régimen 41 bis. Por otro lado, tras la notificación de la demanda, el abogado del demandante se quejó, de acuerdo con el artículo 6.3 del Convenio, de las dificultades con las que se encontraron para recoger los documentos pertinentes.

Tras examinar el sumario, en la medida en que las alegaciones fueron eliminadas, el Tribunal no constata violación alguna de dichas disposiciones. Considera, por tanto, que nada le permite apartarse de las conclusiones planteadas en los asuntos Enea contra Italia ([GC], núm. 74912/2001, aps. 77-78 y 131, 17 septiembre 2009), Bastone contra Italia ([dec], núm. 59638/2000, CEDH 2005-II [extractos]), Zagaria contra Italia ([dec], núm. 58295/2000, 27 noviembre 2007), incluso De Pace contra Italia (núm. 22728/2003, ap. 49, 17 julio 2008) y que esta parte de la demanda debe ser rechazada conforme a los artículos 35.3 y 35.4 del Convenio.

### **Sobre la aplicación del artículo 41 del Convenio**

Queda la cuestión de la aplicación del artículo 41 del Convenio. El demandante reclama 200.000 euros (EUR) en concepto de perjuicio material y daño moral que habría sufrido. En concepto de costas y gastos, reclama 20.105,89 EUR.

El Gobierno discute estas pretensiones.

El Tribunal recuerda que ha concluido con la violación del Convenio únicamente en lo que concierne al control de la correspondencia del demandante. No constata vínculo alguno de causalidad entre esta violación y el perjuicio material. En cuanto al daño moral, considera que, en las circunstancias del caso, la constatación de violación bastaría en sí misma para compensar.

En cuanto a las costas y gastos satisfechos ante el Tribunal, considera razonable la cantidad de 1.000 EUR, acompañada, llegado el caso, de intereses de demora calculados sobre el tipo de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo incrementado en tres puntos.



Por estos motivos, el tribunal, por unanimidad,

Declara, la demanda admisible en lo que concierne a la queja planteada del control de la correspondencia e inadmisibles el resto;

Declara, que ha habido violación del artículo 8 del Convenio;

Declara, que la constatación de violación constituye en sí misma una indemnización justa suficiente en concepto de daño moral;

Declara,

- a) que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses a contar desde que la sentencia se convierta en definitiva conforme al artículo 44.2 del Convenio, 1.000 EUR (mil euros) en concepto de costas y gastos, más toda cantidad que pueda deberse al impuesto;
- b) que a contar desde el vencimiento del antedicho plazo hasta el pago, esta cantidad se verá incrementada por un interés simple a un tipo equivalente al de la facilidad de préstamo del Banco central europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos;

Rechaza, el resto de la demanda de indemnización.

#### **40.- SENTENCIA 12579/2009 DE TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 20/01/09**

**Caso contra Polonia. Denegación de permiso para asistir al funeral de su padre. Violación existente.**

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 28586/03) dirigida contra República de Polonia que un ciudadano polaco, («el demandante»), había presentado el 18 de agosto de 2003 ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales («el Convenio»).

El demandante afirmó que el hecho de que no se le permitiera asistir al funeral de su padre incumplía el artículo 8 del Convenio.

El 6 de julio de 2007, el Presidente de la Sección Cuarta decidió comunicar la demanda al Gobierno. Asimismo, decidió en aplicación del artículo 29.3 del Convenio dictaminar al mismo tiempo la admisibilidad y fundamentos de la misma.

## **Hechos**

### **Las circunstancias del caso**

El demandante nació en 1963 y reside en Siemirowice.

El 7 de abril de 2000, el Tribunal del Distrito de Wejherowo (Sad Rejonowy) declaró culpable al demandante por violencia doméstica y le condenó a un año de prisión suspendida condicionalmente durante cuatro años. El Tribunal constató que entre junio de 1998 y octubre de 1999, el demandante maltrató a su novia puesto que le pegó y abusó de ella verbalmente.

Parece que el demandante incumplió los términos de su libertad condicional y el 20 de septiembre de 2002, el Tribunal del Distrito de Wejherowo ordenó que su condena fuera ejecutada. El 2 de abril de 2003 inició el cumplimiento de su condena en el Centro de Detención Wejherowo.

El 18 de julio de 2003 el padre del demandante falleció. El demandante declara que inmediatamente pidió a las autoridades de la prisión poder asistir al funeral. El 20 de julio, la novia del demandante le entregó el certificado de defunción de su padre.

El 21 de julio de 2003, un lunes, el demandante presentó una solicitud oficial para poder salir de prisión y asistir al funeral, que se iba a celebrar el día 22 de julio de 2003.

El 21 de julio de 2003, el Juez de la Penitenciaría del Tribunal Regional de Gdansk (Sedzia Sadu Okregowego Wydzialu Penitencjarnego) rechazó la solicitud. Las razones para la adopción de esta Decisión por el Juez fueron las siguientes:

«La solicitud del prisionero no puede ser permitida. Los motivos que expone (el demandante) para justificar que se le permita abandonar la prisión no pueden ser considerados especialmente importantes.

En consecuencia, y puesto que las condiciones especificadas en el artículo 141.4 del Código de Ejecución de Condenas Criminales no han sido cumplidas, se ha decidido lo anterior.»

La Decisión también incluía una indicación sobre la posibilidad de presentar un recurso de apelación contra ella ante el Tribunal Penitenciario de Gdansk en los siete días siguientes a la fecha de notificación de dicha Decisión.

La Decisión fue notificada al demandante el 22 de julio de 2003. El demandante no presentó recurso de apelación puesto que el funeral ya había tenido lugar y consideró que su solicitud para salir de la prisión ya no tenía sentido.

### **Legislación interna aplicable**

El artículo 141.4 del Código de Ejecución de Condenas Penales de 1997, en vigor en la época de los hechos, se lee como sigue:

«En los casos en los que sea especialmente importante para un recluso, se le permitirá abandonar la prisión por un período que no exceda de 5 días, si fuera necesario, acompañado por funcionarios de la prisión u otras personas responsables (osoby godnej zaufania). En cuanto a los reclusos encarcelados en prisiones cerradas, tales licencias pueden ser concedidas por un Juez de la Penitenciaría y en casos urgentes por el Director de la Prisión.»

### **Fundamentos de derecho**

#### **Sobre la violación del artículo 8 del convenio**

El demandante se quejó de que al negarle salir de prisión por motivos familiares con el objeto de asistir al funeral de su padre estaban incurriendo en un incumplimiento del artículo 8 del Convenio, que se lee como sigue:

- «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista

por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

El Gobierno rechazó este argumento.

### **Admisión**

El Gobierno planteó una objeción preliminar declarando que el demandante no había agotado los recursos internos. Sostenía, en primer lugar, que el demandante podía haber presentado un recurso de apelación contra la Decisión de 21 julio 2003. En segundo lugar, el Gobierno argumentó que el demandante debería haber presentado una acción, de conformidad con el artículo 24 en relación con el artículo 448 del Código Civil. Estas disposiciones le habrían permitido afirmar que, no concediéndole el permiso para salir de prisión, las autoridades estaban lesionando sus derechos individuales protegidos por el Código Civil y reclamar daño moral.

El demandante no hizo comentario alguno sobre este punto.

El Tribunal observa que el artículo 35 del Convenio, que expone la norma sobre el agotamiento de los recursos internos, dispone una distribución de la carga de prueba. Corresponde al Gobierno que reivindica el no agotamiento demostrar al Tribunal que el recurso era efectivo y disponible tanto en la teoría como en la práctica en la época de los hechos, esto es, que era accesible, capaz de proporcionar reparación en relación con las quejas del demandante y que ofrecía razonables probabilidades de éxito (ver, *Selmouni contra Francia* [GC], núm. 25802/94, ap. 76, ECHR 1999-V, y *Mifsud contra Francia* (dec.), núm. 57220/00, ap. 15, ECHR 2002-VIII).

El Tribunal señala que la objeción del Gobierno sobre que el demandante debería haber planteado un procedimiento civil para obtener indemnización por haber sido lesionados sus derechos individuales se limitaba a una mera afirmación y que no existían más argumentos o decisiones de los tribunales internos que indicaran que, en la época de los hechos, recurrir a tal acción en las circunstancias del caso del demandante habría ofrecido ninguna probabilidad de éxito.

En segundo lugar, el Tribunal no ve razón alguna para concluir que un recurso de apelación contra la Decisión de 21 junio 2003, notificada al demandante el día del funeral, pueda ser considerado un recurso efectivo capaz de ofrecerle reparación en relación con su queja.

Por estas razones, la petición del Gobierno de inadmisibilidad basándose en el no agotamiento de los recursos internos debe ser rechazada.

El Tribunal señala que esta demanda no carece manifiestamente de fundamento considerando el artículo 35.3 del Convenio. Señala asimismo que ésta no se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad. Cabe pues admitirla.

## **Sobre el fondo**

### **Argumentos de las partes**

El demandante se quejaba de que la negativa de las autoridades de permitirle abandonar la prisión con el objeto de asistir al funeral de su padre le causó sufrimiento y humillación. Declaró que ya había cumplido más de 3 meses de su condena de un año de prisión. Durante su internamiento había sido a menudo elogiado por su buen comportamiento y había permanecido en contacto con su familia y parientes. El demandante mantenía que estas circunstancias deberían haberse tomado en consideración al adoptar la decisión de sobre si concederle permiso para asistir al funeral de su padre.

El Gobierno declaró que el demandante había sido acusado de violencia doméstica y, posteriormente, había incumplido los términos de su libertad condicional. Asimismo, otro procedimiento estaba pendiente contra el demandante en el que había sido acusado de conducir bajo los efectos del alcohol. El Gobierno, también declaró que el demandante había presentado su solicitud tarde, el 21 de julio de 2003, aunque se había enterado del fallecimiento de su padre el 20 de julio de 2003. Esto había dejado a las autoridades un tiempo muy limitado para tratar el asunto. Finalmente, el Gobierno declaró que, en relación a la solicitud del demandante, el Director de la Prisión había emitido su opinión proponiendo que no se le permitiera salir. El Gobierno declaró: «el Director señaló que el demandante tenía un pronóstico penal y social negativo.»

## **Fundación Helsinki para los Derechos Humanos**

La Tercera Parte subrayó la importancia del permiso temporal para el proceso de resocialización de los prisioneros y se refirió a las recomendaciones del Consejo de Europa a este respecto. Señaló varios defectos en la aplicación de las disposiciones legales que regulan los permisos por asuntos familiares en las prisiones. En primer lugar, la redacción de la legislación interna deja amplia discreción al Estado, concretamente en relación a la clasificación de en qué circunstancias podría considerarse como «especialmente importante». Asimismo, las autoridades normalmente proveen razonamientos muy limitados para sus decisiones de manera que los prisioneros no son informados suficientemente de las razones de las negativas. Declaró que un prisionero no debería ser obligado a presentar un certificado de defunción oficial puesto que, normalmente, lleva tiempo y retrasa el procedimiento mientras que las autoridades podrían llegar a otro arreglo para confirmar la afirmación del prisionero y el certificado podría ser entregado en una fase posterior. Asimismo, debería haber derecho a un recurso expeditivo contra una decisión del Juez de la Penitenciaría puesto que el plazo de 7 días no se puede considerar adecuado en los casos caracterizados por la urgencia.

### **Valoración del Tribunal**

El Tribunal observa que cualquier injerencia en el derecho individual del respeto a su vida privada y familiar constituirá un incumplimiento del artículo 8, a menos que estuviera «prevista por la Ley», persiguiera un objetivo u objetivos legítimos de conformidad con el apartado 2, y fuera «necesaria en una sociedad democrática» en el sentido en que es proporcional para alcanzar los objetivos planteados (ver, entre otras fuentes, *Elsholz contra Alemania* [GC], núm. 25735/94, ap. 45, ECHR 2000-VIII).

El Tribunal observa que el artículo 8 del Convenio no garantiza a un recluso un derecho incondicional de salir de prisión para asistir al funeral de un familiar. Corresponde a las autoridades internas valorar los fundamentos de cada solicitud. Su examen está limitado a la consideración de las medidas impugnadas en el contexto de los derechos del Convenio del demandante, teniendo en cuenta el margen de valoración de los Estados Contratantes (ver, *Ploski contra Polonia*, núm. 26761/95, ap. 38, de 12 noviembre 2002). El Tribunal subraya que, incluso si un recluso, por la

naturaleza de su situación, debe estar sujeto a varias limitaciones de sus derechos y libertades, cada una de las limitaciones debe, sin embargo, ser justificable como necesaria en una sociedad democrática. Es deber del Estado demostrar que tal necesidad realmente existe.

La noción de necesidad implica que la injerencia corresponde a una necesidad social imperiosa y, en concreto, esto es proporcionado al objetivo legítimo perseguido. Al determinar si una injerencia es «necesaria en una sociedad democrática» el Tribunal tendrá en cuenta que los Estados Contratantes poseen un margen de apreciación. Asimismo, el Tribunal no puede limitarse a considerar los hechos impugnados aisladamente, sino que debe aplicar un criterio objetivo y observarlos a la luz del caso en su conjunto (ver, entre otras fuentes, *Matter contra Eslovaquia*, núm. 31534/96, ap. 66, de 5 julio 1999).

Volviendo a la circunstancias del caso que nos ocupa, el Tribunal, en primer lugar, señala que el Gobierno no presentó ningún argumento en relación con la existencia de la injerencia, su legalidad y el fin perseguido. En ausencia de comentarios de las partes, el Tribunal considera que no permitir al demandante asistir al funeral de su padre constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada y familiar. La injerencia, que se basaba en el artículo 141.4 del Código de Ejecución de Condenas Penales de 1997, estaba «prevista por la Ley» y podía ser considerada en interés de la «seguridad pública» o «en defensa del orden y la prevención del delito».

Viendo las circunstancias de los hechos en cuestión, a la luz del asunto en conjunto, y teniendo en cuenta el margen de valoración que corresponde al Estado demandado, el Tribunal observa que el demandante estaba cumpliendo un período de un año de prisión. El demandante había sido acusado de violencia doméstica, habiendo sido su período de prisión inicialmente suspendido condicionalmente, y no existe indicación alguna de que fuera un criminal peligroso o de que hubiera actuado en alguna banda criminal organizada. No hay evidencia de que el demandante hubiera sido previamente acusado o arrestado; aunque el Gobierno declaró que había estado simultáneamente envuelto en otro procedimiento penal por conducir bajo los efectos del alcohol, no informó al Tribunal si había sido declarado culpable del delito. El demandante, por tanto, no era un delincuente habitual cuyo regreso a prisión pudiera no estar garantizado. En concreto, no existe evidencia de que después de que los tribunales decidieran eje-

cutar la condena suspendida el demandante no se hubiera presentado en la prisión o hubiera intentado evitar la sanción. En la época de los hechos en cuestión, el 22 de julio de 2003, el demandante ya había cumplido casi cuatro meses de la condena. Por tanto, la recomendación negativa del Director de la Prisión en relación a la solicitud del demandante a la que se refirió el Gobierno no parece estar apoyada por los hechos.

Asimismo, el Tribunal considera que la autoridades internas rechazaron su solicitud de abandonar la prisión sin dar razones sustanciales que justificaran su valoración de que la situación del demandante no era «especialmente importante» (ver apartado 11 supra). En ausencia de tales razones es difícil para el Tribunal entender los motivos por los que el Juez de la Penitenciaría rechazó la solicitud del demandante. La decisión no tuvo en consideración otras medidas expresamente previstas en la Ley que podían haber facilitado y asegurado la estancia del demandante fuera de prisión, tal como la posibilidad del permiso con acompañamiento (ver Ploski, citada anteriormente, ap. 36). Finalmente, es lamentable que la Decisión del Juez de la Penitenciaría no tuviera en cuenta la Sentencia Ploski, anteriormente mencionada, en la que el Tribunal varios meses antes había constatado una violación del artículo 8 del Convenio en circunstancias muy similares a las del caso que nos ocupa.

Por último, el Tribunal señala que el Gobierno declaró que el demandante presentó su solicitud ante las autoridades internas tarde, el 21 de junio de 2003, mientras que se había enterado del fallecimiento de su padre el 20 de junio de 2003. Sin embargo, se deduce de los hechos del caso, que el demandante obtuvo el certificado oficial de fallecimiento el 20 de junio de 2003, que era un domingo. Presentó la solicitud oficial al día siguiente, un lunes, y el Juez de la Penitenciaría pudo emitir sus decisión el mismo día, por tanto antes de la fecha del funeral. El Tribunal no considera que el demandante fuera negligente en la presentación de su solicitud.

El Tribunal es consciente de los problemas de naturaleza financiera y logística que ocasiona el permiso acompañado, incluida la escasez de policías y funcionarios de prisión. Sin embargo, teniendo en cuenta la gravedad de lo que estaba en juego, concretamente negar a un individuo el derecho de asistir al funeral de su padre, el Tribunal es de la opinión de que el Estado demandado sólo debería haber negado la asistencia si hubie-



ra habido razones convincentes y no se hubiera podido encontrar ninguna solución alternativa -como el permiso con acompañamiento-.

El Tribunal concluye que, en las particulares circunstancias del caso que nos ocupa y, a pesar del margen de apreciación que corresponde al Estado demandado, rechazar una licencia para asistir al funeral del padre del demandante, no era “necesario en una sociedad democrática” ya que no correspondía a una necesidad social imperiosa y no era proporcionado con los objetivos legítimos perseguidos. Por tanto, ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

### **Sobre el artículo 41 del convenio**

#### **El artículo 41 del Convenio dispone:**

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

El demandante no presentó reclamación de indemnización.

**POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL**

Declara, admisible la demanda;

Declara, que ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

## **41.- SENTENCIA 66/2009 DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 09/06/09**

### **Caso contra España. Dilaciones indebidas. Violación existente.**

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 26178/2004) dirigida contra el Reino de España, que un ciudadano de este Estado, («el demandante»), había presentado ante el Tribunal el 21 de julio de 2004, en vir-

tud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»).

## **Hechos**

### **Las circunstancias del caso**

El demandante nació en 1947 y reside en Santa Amalia.

### **Procedimiento penal**

El 1 de febrero de 1985, el demandante fue arrestado y, el 5 de febrero de 1985, encarcelado preventivamente por un presunto delito de robo con violencia durante el atraco a un banco madrileño.

El 6 de febrero de 1985, el demandante interpuso un recurso de reforma contra la decisión que decretó su prisión provisional, que fue rechazado el 26 de febrero de 1985. El demandante interpuso un recurso de apelación, que fue rechazado por la Audiencia Provincial de Madrid el 18 de mayo de 1985.

El 11 de septiembre de 1985, el Juzgado de instrucción núm. 4 de Madrid dictó un auto de procesamiento y confirmó el encarcelamiento del demandante.

El 24 de septiembre de 1985, el demandante interpuso un recurso de apelación contra el auto de procesamiento que fue rechazado por decisión de 25 abril 1986 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

Negando su participación en los hechos que se le imputaban, el recurrente presentó varias demandas de puesta en libertad provisional o de arresto domiciliario.

El 22 de diciembre de 1986, fue puesto en libertad bajo fianza.

La apertura de la fase oral fue acordada el 29 de junio de 1990.

El 30 de julio de 1998, la Audiencia Provincial de Madrid dictó un auto por el que se acordó el sobreseimiento libre por prescripción de los delitos que se le imputaban. El auto se convirtió en definitivo el 30 de septiembre de 1998.

### **Procedimiento administrativo**

El 5 de marzo de 1999, el demandante presentó una reclamación ante el Ministerio de Justicia con el fin de que le concedieran una indemnización de 20.000.000 de pesetas (cerca de 120.000 €) en concepto de los daños sufridos debido a los 694 días que estuvo en prisión, y por la excesiva demora del proceso. Invocó los artículos 292.1, 293.2 y 294.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

El 11 de marzo de 1999, el Ministerio de Justicia envió la reclamación y los documentos pertinentes al Consejo General del Poder Judicial, solicitándole que se pronunciara al respecto.

El 1 de diciembre de 1999, el Consejo General del Poder Judicial reconoció el carácter «insólito» de la duración del procedimiento por un caso de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Consideró que la inactividad de los órganos judiciales fue tan notoria que hizo falta concluir con un sobreseimiento definitivo y el archivo de la causa, dando lugar esta inactividad a la prescripción del delito en causa.

El Ministerio de Justicia no se pronunció.

### **Procedimiento Contencioso-Administrativo judicial**

Ante el silencio del Ministerio de Justicia, que interpretó como un rechazo de su reclamación, el demandante interpuso un recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional que, por Sentencia de 6 octubre 2000, fue rechazado. En cuanto a la dilación indebida del proceso, la Audiencia Nacional señaló que fue el propio demandante quien solicitó la aplicación de la prescripción. Reconoció la existencia de plazos excesivos no justificados, pero consideró que no existía relación de causalidad entre el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el perjuicio material y daño moral alegados por el demandante, en la medida en que se había beneficiado de la aplicación retroactiva del nuevo Código Penal en virtud del cual fue admitida la prescripción del delito, que no habría sido el caso si el proceso hubiera tenido lugar en un plazo razonable desde la apertura de la fase oral decidida el 29 de junio de 1990. Por tanto, la apreciación de la prescripción de los delitos en causa le habría evitado, en opinión de la Audiencia Nacional, una eventual condena.

El 27 de noviembre de 2000, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se quejaba, entre otras cosas, del derecho a un proceso justo en un plazo razonable. Invocó el artículo 24 de la Constitución.

Por decisión de 6 febrero 2004, el Tribunal declaró el recurso inadmisibles. Respecto a la queja planteada de la duración del proceso, precisó:

«(...) el eventual plazo excesivo tuvo lugar en el marco del proceso penal que originó la reclamación, y no en el proceso administrativo y Contencioso-Administrativo posterior, del que el demandante no se queja. Debía, por tanto, haberse quejado de la dilación indebida sufrida en el marco del proceso penal y no en el presente proceso. Sin embargo, el demandante (...) no efectuó ningún trámite con el fin de acelerar el proceso y no denunció tampoco la existencia de dilación indebida en el marco de este último. Ahora ya no es posible quejarse de las dilaciones indebidas cuando el proceso penal en el que se han producido ha concluido. Además, en la medida en que estas dilaciones le han sido favorables y han contribuido en la obtención de un auto de sobreseimiento en un proceso en el que fue imputado, es evidente que esta actitud pasiva en el proceso penal no podría ser considerada como coherente con la pretensión actual de reclamar una indemnización debido a las dilaciones indebidas en un proceso cuando se aprovechó de dicha circunstancia, como se ha indicado (...).»

## **La legislación y la jurisprudencia internas aplicables**

### **La Constitución**

#### **Artículo 121**

«Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley».

## **Ley orgánica del Poder Judicial**

### Artículo 237

«Salvo que la Ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias».

### Artículo 292

- «1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización».

### Artículo 293

- «1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:
  - a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.(...)
2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Contra la resolución cabrá recurso Contencioso-Administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse».

#### Artículo 294.1

«1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

(...)

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior«».

#### **Ley 50/1981, de 30 diciembre 1981, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal**

«Corresponde al Ministerio Fiscal (...) velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las Leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes».

#### **La jurisprudencia del Tribunal Supremo Sentencia de 29 marzo 1999 (Sala Contencioso-Administrativa, Sección Tercera)**

«[el reconocimiento de la dilación indebida del proceso implica] la existencia de un daño moral derivado del hecho de ser sometido a una situación de imputación durante un período excesivo e inhabitual (...) y, en consecuencia, debemos concluir con la existencia de un daño moral manifiesto que según la jurisprudencia de esta Sala (...) es susceptible de compensación económica. (...)

Si la sentencia recurrida admite (...) la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por la duración poco habitual del proceso penal del que fue objeto el imputado posteriormente absuelto, no es razonable declarar la ausencia de responsabilidad para el Estado del hecho de que no se haya probado ningún perjuicio. La dura-

ción insólita constituye en sí misma un daño moral evidente, independientemente de la naturaleza de su compensación o de la cuantía económica de este último».

## **Fundamentos de derecho**

### **Sobre la violación del artículo 6.1 del convenio**

El demandante se queja de las dilaciones indebidas del proceso. Invoca el artículo 6.1 del Convenio que, en su parte aplicable, está redactada como sigue:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable, por un Tribunal (...), que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

El Gobierno se opone a esta tesis.

### **Sobre la admisión**

#### **Sobre la excepción de no agotamiento**

El Gobierno plantea, en primer lugar, el no agotamiento de las vías de recurso internas. Considera que cuando un proceso está en curso, el primer interesado en que continúe el proceso es el propio imputado. Aceptar que este último no está obligado a quejarse de la dilación indebida del proceso penal equivale a privilegiar la presunción de condena. Actuando de esta manera, el demandante no ofreció al Estado la posibilidad de acelerar el proceso y de reparar la sustancia de la violación alegada.

El demandante señala que agotó todas las vías de recurso internas disponibles para quejarse de las dilaciones sufridas. Señala que el proceso penal está regulado por el principio del impulso de oficio por los Jueces y Tribunales (artículo 237 de la Ley orgánica del Poder Judicial) bajo el control del Ministerio Fiscal (artículo 3 de la Ley 50/1981 de 30 diciembre 1981). Señala que se supone, en opinión del Gobierno, que se ha beneficiado de dilaciones indebidas sin haber tenido ninguna responsabilidad en el origen de dichas dilaciones, siendo estas últimas única y exclusivamente imputables a los tribunales españoles. Por otro lado, señala que no existe en derecho español ninguna acción susceptible de ser emprendida

por el demandante con el fin de declarar su inocencia, y que corresponde a la acusación impulsar el proceso para revertir esta última.

El Tribunal recuerda que en términos del artículo 35.1 del Convenio, sólo podrá recurrirse ante él después de agotar las vías de recurso internas. Esta disposición tiene en efecto como finalidad otorgar a los Estados la posibilidad de evitar o de corregir las violaciones alegadas contra ellos (Cardot contra Francia, 19 marzo 1991, ap. 36, serie A núm. 200). El Tribunal recuerda al respecto que ha juzgado que los recursos que dispone un justiciable para denunciar la duración de un proceso son «efectivos», en el sentido del artículo 13 del Convenio, cuando permiten «impedir que se produzca o continúe la violación alegada, u ofrecer al interesado una reparación apropiada de cualquier violación que haya podido producirse» (Kudla contra Polonia [GC], núm. 30210/1996, ap. 158). El artículo 13 abre, por tanto, una opción: un recurso es «efectivo» cuando permite bien que se produzca la decisión de las jurisdicciones recurridas, bien ofrecer al justiciable una reparación adecuada por las dilaciones alegadas (Kudla previamente citada, ap. 159). En opinión del Tribunal, vista la «estrecha afinidad» que presentan los artículos 13 y 35.1 del Convenio (Kudla citada, ap. 152), ocurre lo mismo con la noción de recurso «efectivo» en el sentido de esta segunda disposición (ver, en última instancia, Mifsud contra Francia [dec.] [GC], núm. 57220/2000, CEDH 2002).

Al respecto, el Tribunal señala que, en el sistema español, toda persona que considera que el proceso del que forma parte, sufre dilaciones indebidas podrá, tras haberse quejado sin éxito ante la jurisdicción encargada del asunto, interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo de acuerdo con el artículo 24.2 de la Constitución. Esta vía de recurso ante el Tribunal Constitucional trata de impedir la continuación ante las jurisdicciones ordinarias de la violación alegada.

Por otro lado, los artículos 292 y siguientes de la Ley orgánica del Poder Judicial ofrecen la posibilidad al justiciable, una vez concluido el proceso, de presentar ante el Ministerio de Justicia una demanda de reparación por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Señala que según la jurisprudencia administrativa en la materia (contra España [dec.] núm. 39521/1998, CEDH 1999-VII), la duración poco razonable del proceso es similar a un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. El Tribunal ha juzgado que esta vía de dere-



cho permite en principio remediar una violación alegada del derecho a ver que su causa sea oída por las jurisdicciones españolas dentro de un «plazo razonable» en el sentido del artículo 6.1 del Convenio (Saez Maeso contra España, núm. 77837/2001 [dec. Parcial], 19 noviembre 2002, Puchol Oliver contra España [dec.], núm. 17823/2003, 25 enero 2005 y Aranda Serrano contra España, [dec.], núm. 431/2004, 25 agosto 2005 ).

En este caso, al no haberse quejado el demandante de la duración del proceso ante el Juez instructor, el Tribunal constata que el restablecimiento al demandante de su derecho sólo podía producirse por vía indemnizatoria prevista por el artículo 292 de la Ley orgánica del Poder Judicial. Utilizó esta vía de derecho, sin éxito.

Se plantea la cuestión de si debía haber solicitado al Juez instructor que acelerara el proceso penal diligenciado en su contra, cuando este último continuaba pendiente.

Al respecto, el Tribunal recuerda que cuando una vía de recurso ha sido utilizada, no se exige el uso de otra vía cuya finalidad es prácticamente la misma (Günaydin contra Turquía [dec.], núm. 27526/1995, 25 abril 2002). Señala que en el presente asunto se trata de un proceso penal diligenciado contra el demandante, que se benefició de una prescripción debido a la inactividad de la jurisdicción penal, y no considera reprochable la actitud del demandante que no estaba interesado en acelerar el proceso.

El Tribunal considera, teniendo en cuenta las circunstancias del caso que sería excesivo exigir al recurrente que presentara la demanda mencionada por el Gobierno, cuando hizo un uso normal de una vía de recurso eficaz y suficiente (contra España [dec.], núm. 68874/2001, 28 enero 2003).

El Tribunal juzga, por tanto, que la excepción carece de fundamento.

Sobre la condición de víctima

En cualquier caso, y suponiendo que el demandante no estuviera obligado a solicitar que se acelerara el proceso, el Gobierno señala que este último se benefició de la duración del mismo, duración sin la cual no se hubiera producido la prescripción. Por tanto, el demandante no puede considerarse víctima de la violación invocada.

En opinión del Gobierno, el Estado reparó la violación alegada reconociendo su existencia y aplicando sus efectos favorables al demandante,

a saber, el sobreseimiento dictado en el proceso penal emprendido en su contra. Si la reducción de una pena debido a la duración excesiva del proceso puede ser considerada como una reparación de la violación del derecho a un proceso justo dentro de un plazo razonable, con más razón el sobreseimiento por prescripción dictada debido al rebasamiento del plazo razonable.

El demandante recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual la aplicación de la prescripción depende exclusivamente de la presencia de elementos objetivos como la parálisis del proceso y el transcurso de los plazos legalmente fijados, independientemente de cualquier referencia a la conducta del titular de la demanda penal. Se trata de una renuncia por parte del Estado al *ius puniendi* debido a los plazos transcurridos y responde a principios de orden público.

El demandante discute la tesis del Gobierno y la motivación de la Audiencia Nacional en su sentencia, según las cuales la apreciación de la prescripción impidió su eventual condena, ignorando la presunción de inocencia. Respecto a la afirmación del Gobierno según la cual, aunque la reducción de la pena puede constituir una reparación de la violación del derecho a un proceso justo dentro de un plazo razonable, el sobreseimiento por prescripción implica igualmente la desaparición de la dilación, el demandante señala que la posibilidad de reparación invocada surge tras una sentencia de condena, lo que no fue el caso.

El Tribunal recuerda que «una decisión o una medida favorable al demandante no basta en principio para retirarle la condición de víctima salvo si las autoridades nacionales han reconocido, explícitamente o en sustancia, y posteriormente reparado la violación del Convenio» ( *Dalban contra Rumanía* [GC], núm. 28114/1995, ap. 44, CEDH 1999-VI; *Gil Leal Pereira contra Portugal* [dec.], núm. 48956/1999, 15 noviembre 2001).

En el presente asunto, la Audiencia provincial de Madrid en su auto de sobreseimiento definitivo de 30 julio 1998 se pronunció únicamente sobre la existencia o no de una prescripción. Esta decisión no podría considerarse como un reconocimiento explícito o en sustancia de una presunta violación del artículo 6.1 del Convenio y, sea como fuere, no ofrece una reparación adecuada, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal.

El demandante puede, por tanto, considerarse víctima de una violación del Convenio, en el sentido del artículo 34 del Convenio. La excepción

planteada por el Gobierno no podría ser admitida.

El Tribunal constata, además, que la queja del demandante no carecía manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 del Convenio y no presentaba ningún otro motivo de inadmisión, por tanto, conviene declarar su admisibilidad.

### **Sobre el fundamento**

El Gobierno no presenta alegaciones acerca del fundamento de la queja del demandante.

El demandante constata que el rebasamiento del plazo razonable fue admitido por el Consejo de la Magistratura en su escrito, así como por la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional. Debido a estos plazos, sufrió un perjuicio material y daño moral que no estaba obligado a soportar. Considera, por tanto, de acuerdo con la legislación española y la jurisprudencia del Tribunal, que se le debe una indemnización y se apoya en la Sentencia de 29 marzo 1999 de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo cuyos párrafos pertinentes han sido previamente reproducidos, en la parte «La legislación y la jurisprudencia internas aplicables».

El demandante señala que con o sin prescripción, la duración del proceso fue, en cualquier caso, excesiva. Señala que la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 tuvo lugar más de diez años después del comienzo del proceso, y que las afirmaciones contenidas en la Sentencia de la Audiencia Nacional relativas al hecho de que podía haberse beneficiado de la aplicación retroactiva del nuevo Código Penal en virtud del cual la prescripción de delito fue apreciada, no podrían ser tomadas en consideración en su contra en la medida en que, a pesar de la *vacatio legis* de seis meses con anterioridad a su entrada en vigor, ni el Ministerio Fiscal ni los órganos judiciales se ocuparon de convocar una vista con el fin de evitar la entrada en juego de la prescripción.

### **Sobre el período a tomar en consideración**

El Tribunal recuerda que el período a tomar en consideración de acuerdo con el artículo 6.1 comienza en el momento en que una persona está «imputada»; puede tratarse de una fecha anterior al recurso a la jurisdicción de juicio (ver, por ejemplo, *Deweer contra Bélgica*, 27 febrero 1980, ap. 42, serie A núm. 35), la del arresto, de la acusación o del inicio de las investigaciones preliminares (ver *Sentencias Wemhoff contra Alemania*, 27 junio 1968, ap. 19, serie A núm. 7 y *Ringeisen contra Austria*, 16 julio 1971, ap. 100, serie A núm. 13).

En este caso, el Tribunal considera que el proceso en litigio comenzó el 5 de febrero de 1985, fecha en la que el demandante ingresó en prisión provisional por un presunto delito de robo con intimidación. En la fecha del auto de sobreseimiento libre por prescripción de los delitos que habían sido imputados, dictado por la Audiencia provincial de Madrid el 30 julio 1998, la duración del proceso, que se quedó en la fase de instrucción, fue, por tanto, de trece años y cerca de seis meses.

### **Sobre la duración del proceso**

Para constatar si ha habido rebasamiento del plazo razonable, procede tener en cuenta las circunstancias del caso y los criterios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal, en particular la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes (ver, entre muchas otras, *Pélissier y Sassi contra Francia* [GC], núm. 25444/1994, ap. 67, CEDH 1999-II).

El Tribunal señala que el Gobierno no presentó alegaciones al respecto.

No parece que el demandante contribuyera en la duración del proceso, aunque tampoco trató de acelerarlo.

Respecto al comportamiento de las autoridades judiciales, el Tribunal señala que desde el inicio de la fase oral acordada el 29 de junio de 1990, no tuvo lugar ningún acto procesal imputando al demandante, hasta la demanda del recurrente solicitando la aplicación del Código Penal de 1995 con el fin de declarar la prescripción del delito. La duración en causa es manifiestamente incompatible con la exigencia del «plazo razonable».

El Tribunal afirma que corresponde a los Estados Contratantes organizar su sistema judicial de manera que cada una de sus jurisdicciones pueda cumplir sus exigencias, incluida la obligación de oír las causas dentro de los plazos razonables (ver Pélissier y Sassi, previamente citada).

Ha habido, por tanto, violación del artículo 6.1.

### **Sobre la aplicación del artículo 41 del convenio**

En términos del artículo 41 del Convenio,

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

### **Daño**

El demandante reclama en concepto del daño moral sufrido las siguientes cantidades: 360.981.921 pesetas (2.169.545 euros) por el período de prisión provisional y 10.917.191 pesetas (5.613,60 euros) por la duración del proceso, cantidades que debían ser actualizadas el día del pronunciamiento de la sentencia. Señala otros daños indemnizables sin cuantificarlos, como los inconvenientes creados debido a las medidas de seguridad adoptadas durante su libertad provisional, la ruptura de su relación afectiva por la privación de libertad, el fallecimiento de su padre mientras estuvo encarcelado. En cuanto al perjuicio material, hace valer que sufrió un lucro cesante mientras duró su encarcelamiento provisional. Por otro lado, no pudo abonar su cotización a la seguridad social y se vio obligado a cerrar un pequeño comercio que dirigía. Además, se le decomisaron varios objetos.

El demandante reclama ante el Tribunal, incluidos todos los perjuicios, 28.522.602,74 pesetas, es decir, 171.424,29 euros.

El Gobierno considera esta cantidad excesiva y recuerda los términos de la decisión parcial adoptada el 3 de junio de 2008, según la cual las quejas relativas a la prisión provisional del demandante y al principio de la presunción de inocencia fueron declarados inadmisibles.

El Tribunal no percibe ningún vínculo de causalidad entre la violación constatada y el perjuicio material alegado y rechaza esta demanda. En cambio, considera que la prolongación del proceso más allá del plazo razonable ciertamente causó al demandante un daño moral que justificaría la concesión de una indemnización. Resolviendo en equidad, le concede 20.000 EUR al respecto.

### **Costas y gastos**

El demandante reclama 3.180,73 EUR en concepto de gastos satisfechos a nivel interno y 3.583 EUR por los satisfechos con el proceso ante el Tribunal.

El Tribunal considera que el demandante no tiene derecho al reembolso del conjunto de costas y gastos necesarios para su defensa en lo penal, ya que de cualquier manera debía haberlos asumido, sino sólo a la fracción sobrante imputable al rebasamiento del «plazo razonable» (Dobbertin contra Francia, 25 febrero 1993, ap. 51, serie A núm. 256-D). Tomando igualmente en consideración los gastos satisfechos ante el Tribunal, juzga razonable conceder al demandante 2.500 EUR al respecto.

### **Intereses de demora**

El Tribunal considera apropiado basar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés marginal de la facilidad de préstamo del Banco central europeo incrementado en tres puntos.

**POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,**

1º Declara, admisible el resto de la demanda;

2º Declara, que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio;

3º Declara,

- a) que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses a contar desde que la sentencia se convierta en definitiva conforme al artículo 44.2 del Convenio, 20.000 EUR (veinte mil euros) en concepto de daño moral y 2.500 EUR (dos mil quinientos euros) en concepto de costas y gastos, más toda cantidad que pueda deberse al impuesto;

b) que a contar desde el vencimiento del antedicho plazo hasta el pago, estas cantidades se verán incrementadas por un interés simple a un tipo equivalente al de la facilidad de préstamo del Banco central europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos;

4º Rechaza, el resto de la demanda de indemnización.

#### **42.- SENTENCIA 144/2009 DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 17/12/09**

**Caso contra Francia. Demanda de un ciudadano francés por la incorporación de sus datos personales en un registro de condenados por delitos sexuales tras haber cumplido ya la pena. Violación inexistente.**

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 5335/2006) dirigida contra la República francesa, que un ciudadano francés, («el demandante»), presentó ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»), el 26 de enero de 2006.

#### **Hechos**

##### **Circunstancias del caso**

El demandante nació en 1959 y reside en Toulouse.

El 12 de abril de 1996, el demandante fue condenado a diez años de prisión por el Tribunal penal de la Alta Garona por violaciones y agresiones sexuales cometidas sobre menores de quince años por persona con autoridad. En prisión preventiva desde el 4 de febrero de 1993, terminó de cumplir su pena el 25 de agosto de 2000.

El 3 de abril de 2001, pidió la exclusión de la mención de su condena en el certificado núm. 2 de su expediente penal al objeto de que se levantara la inhabilitación para ejercer una actividad comercial resultante de

pleno derecho de la condena pronunciada. El demandante quería poder crear una sociedad experta en construcción e inscribirse en el Registro mercantil. El 11 de febrero de 2002, la Sala de instrucción del Tribunal de apelación de Toulouse denegó tanto la petición para que se levantara la prohibición de ejercer una actividad comercial como la cancelación del certificado núm. 2 de los antecedentes penales, habida cuenta de la naturaleza particular y de la gravedad de los hechos que habían ocasionado su condena, como de la de la actividad que se proponía ejercer y de las modalidades de ejercicio de la misma, a título independiente, ya que no aportaba la prueba de que se hallasen los elementos que podían favorecer una enmienda verdadera y adaptada a su caso concreto.

El 8 de marzo de 2004, la Ley núm. 2004-204 creó el Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales («FIJAIS», que posteriormente se convirtió en el Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales o violentos). Las disposiciones del Código Procesal Penal relativas a este fichero entraron en vigor el 30 de junio de 2005.

En agosto de 2005, el demandante fue citado en la gendarmería de Ramonville-Saint-Agne donde le fue notificado el siguiente documento:

«El abajo firmante reconoce haber recibido este día notificación de estar inscrito en el Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales (FIJAIS) por razón de la pena de 10 años de prisión pronunciada el 12/04/1996 por el Tribunal penal de Toulouse y que por este motivo está obligado en aplicación del artículo 706-53-5 del Código procesal penal a:

1. Justificar su dirección: (...)

Una vez al año ante el gestor del fichero (Ministerio de Justicia [...]), por carta certificada con acuse de recibo, bien ante la comisaría de policía o la brigada de gendarmería de su domicilio, por carta certificada con acuse de recibo o presentándose en el servicio, en el curso del mes de la fecha de su nacimiento o del mes de enero si desconoce ésta o no ha sido determinada.

(...)

2. Declarar sus cambios de dirección, en un plazo de quince días como tarde tras el cambio, según las mismas modalidades.



Reconoce estar informado:

- De deber justificar su dirección por primera vez en los quince días siguientes a la presente notificación salvo si ésta se produce antes de los dos meses anteriores al primer día del mes del citado aniversario o si ya ha tenido la obligación de justificar anualmente su dirección;
- De que el hecho de no cumplir estas obligaciones es sancionado con una pena de 2 años de prisión y 30.000 euros de multa.
- De que cualquier incumplimiento de estas obligaciones será objeto de un procedimiento de alerta transmitido a las autoridades judiciales y los servicios de policía o a las autoridades de gendarmería, pudiendo implicar su inscripción en el Fichero de personas en búsqueda y captura y que podrá ir acompañado de diligencias penales.
- De que en aplicación del artículo R.53-8-13, la justificación y la declaración del cambio de domicilio previstas en el artículo 706-53-5 se hacen por medio de cualquier documento de menos de tres meses expedido a su nombre, que establezca la realidad de su domicilio, en particular de un recibo o una factura.
- De que si el justificante presentado se refiere al domicilio de un tercero, deberá ir acompañado de un certificado de alojamiento establecido y firmado por éste.

Reconoce igualmente estar informado de que le asisten los derechos siguientes:

- En aplicación de la Ley informática y libertad y del artículo 706-53-9, podrá obtener, realizada la correspondiente petición dirigida al fiscal de la circunscripción en la que reside, comunicación de la información íntegra que le concierne contenida en el fichero.
- Que podrá solicitar la rectificación, la cancelación o la restricción a un año de la frecuencia de la obligación de presentación en las condiciones de los artículos R 53-8-27 y siguientes, al Fiscal o al Tribunal de Gran instancia de Nantes si la decisión que justifica su inscripción es adoptada por una autoridad judicial extranjera».

El 10 de agosto de 2005, el demandante envió un correo a la Dirección de los Servicios Judiciales solicitando el envío de la circular CRIM-05-15

de 1 de julio de 2005 e información sobre las disposiciones que preveían la retroactividad de dicho texto.

El 22 de agosto de 2005, la Dirección de Asuntos Criminales e Indultos del Ministerio de Justicia le respondió que la circular de 1 de julio de 2005 y referenciada CRIM-05-15 no estaba publicada y, por tanto, no se podía transmitir una copia íntegra. Asimismo, se le precisó que la retroactividad de las medidas previstas en el artículo 48 de la Ley núm. 2004-204 de 9 de marzo de 2004 estaba organizada por el artículo 216 de dicha Ley.

En un correo de 24 de agosto de 2005, el demandante pidió nuevamente la comunicación de la copia íntegra de la circular y solicitó que se le precisara la naturaleza del texto de aplicación del artículo 216 de la Ley núm. 2004-204.

En respuesta a dicho correo, la Dirección de Asuntos Criminales e Indultos le envió una copia del extracto del dictamen del Consejo Constitucional que avalaba el dispositivo del artículo 48 de la Ley núm. 2004-204 de 9 de marzo de 2004 relativo al FIJAIS, y del Título III del Decreto núm. 2005-627 de 30 de mayo de 2005, relativo a las disposiciones transitorias, adoptado previo dictamen conforme de la CNIL.

### **Legislación y práctica internas aplicables**

El Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales (FIJAIS), creado en 2004, es un fichero de identificación judicial, al igual que el Fichero automatizado de huellas digitales (FAED), el Fichero Nacional de muestras genéticas (FNAEG) y el Registro Nacional de Penados (CJN), siendo este último el más antiguo. Según el informe sobre los ficheros policiales presentado en la Asamblea Nacional el 24 de marzo de 2009, existe una multiplicación de ficheros policiales: mientras que el grupo de trabajo presidido por Alain Bauer inventariaba treinta y cuatro ficheros en 2006, inventariaba cuarenta y cinco en 2008, estando además “en preparación” una docena de ellos.

El Ministerio de Justicia es el responsable y gestor del FIJAIS. Es mantenido por el servicio del CJN en Nantes; está bajo control del magistrado que dirige el CJN.

## **El FIJAIS**

El Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales o «violentos» fue creado por la Ley núm. 2004-204 de 9 de marzo de 2004 de adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad. Tiene como fin prevenir la reincidencia en los delitos sexuales, facilitar la identificación de sus autores y localizarlos rápidamente y en todo momento.

Las medidas transitorias precisan las modalidades de inscripción de los autores de los delitos mencionados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley. Estas disposiciones son aplicables a los autores de delitos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de esta Ley, pero que hayan sido objeto, con posterioridad a esta fecha, de una de las decisiones previstas en el artículo 706-53-2 del Código procesal penal (apartado 16 infra). Asimismo, pueden ser aplicables a las personas que cumplieran antes de la fecha de publicación de dicha Ley una pena privativa de libertad (a instancia del Fiscal).

## **El Código procesal penal (CPP)**

Las disposiciones aplicables del CPP son las siguientes:

### Artículo 706-47

«Las disposiciones del presente título se aplicarán a los procedimientos que se refieran a los delitos de homicidio o asesinato de un menor de edad precedido o acompañado de violación, de torturas o de actos de barbarie o para las infracciones de agresión o de atentados sexuales o de proxenetismo con respecto a un menor, o de recurso a la prostitución de un menor de edad (...)

Estas disposiciones serán igualmente aplicables a los procesos que se refieran a los crímenes de homicidio o asesinato cometidos con torturas o actos de barbarie, los delitos de torturas o actos de barbarie y los homicidios o asesinatos cometidos en estado de reincidencia legal».

### Artículo 706-53-1

“El fichero judicial nacional automatizado de autores de infracciones sexuales o violentas constituye una aplicación automatizada de informa-

ciones nominativas llevada por el servicio del registro de antecedentes penales bajo la autoridad del ministro de justicia y el control de un magistrado. A fin de prevenir la repetición de las infracciones mencionadas en el artículo 706-47 y de facilitar la identificación de sus autores, este tratamiento recibe, conserva y comunica a las personas habilitadas las informaciones previstas en el artículo 706-53-2 según las modalidades previstas por el presente capítulo».

#### Artículo 706-53-2

«Cuando se refieran, sin perjuicio de las disposiciones del último párrafo del presente artículo, a una o varias de las infracciones mencionadas en el artículo 706-47, serán registradas en el fichero las informaciones relativas a la identidad así como a la dirección o las direcciones sucesivas del domicilio y, llegado el caso, de las residencias, de las personas que hayan sido objeto de:

- 1 Una condena, incluso no firme, incluida una condena en rebeldía o una declaración de culpabilidad acompañada de una dispensa o un aplazamiento de la pena;
- 2 Una resolución, incluso no firme, pronunciada en aplicación de los artículos 8, 15, 15-1, 16, 16 bis y 28 de la orden núm. 45-174 de 2 de febrero de 1945 relativa a la delincuencia infantil;
- 3 Una composición penal prevista por el artículo 41-2 del presente código cuya ejecución haya sido constatada por el fiscal;
- 4 Una resolución de sobreseimiento, de libertad o de absolución fundada en las disposiciones del primer párrafo del artículo 122-1 del Código Penal;
- 5 Una imputación acompañada de control judicial, cuando el juez de instrucción hubiera ordenado la inscripción de la resolución en el fichero;
- 6 Una resolución de la misma naturaleza que las arriba mencionadas dictada por tribunales o autoridades judiciales extranjeras que, en aplicación de un tratado o convenio internacional, hayan emitido su dictamen a las autoridades francesas o hayan sido ejecutadas en Francia como consecuencia de la entrega de personas condenadas.

El fichero comprenderá también las informaciones relativas a la resolución judicial que justifica la inscripción y la naturaleza de la infracción. Las resoluciones mencionadas en los números 1º y 2º se registran en cuanto son pronunciadas.

Las resoluciones que se refieran a los delitos previstos por el artículo 706-47 y castigados con una pena de encarcelamiento de una duración inferior o igual a cinco años no serán inscritas en el fichero, salvo si dicha inscripción fuera ordenada por resolución expresa de los tribunales o, en los casos previstos en los números 3º y 4º, por el fiscal».

#### Artículo 706-53-4

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de los artículos 706-53-9 y 706-53-10, las informaciones mencionadas en el artículo 706-53-2 que conciernan a una misma persona serán retiradas del fichero a la muerte del interesado o cuando expire, a contar desde el día en el que el conjunto de resoluciones registradas hayan dejado de producir efecto, de un plazo de:

- 1 treinta años si se tratara de un crimen o de un delito castigado con diez años de encarcelamiento;
- 2 veinte años en los demás casos.

La amnistía o la rehabilitación así como las reglas propias para la eliminación de las referencias a las condenas que figuren en el registro de antecedentes penales no entrañan la cancelación de estas informaciones.

Dichas informaciones no podrán, por sí mismas, servir de prueba para constatar la reincidencia.

Las menciones previstas en los números 1º, 2º y 5º del artículo 706-53-2 serán retiradas del fichero en caso de resolución firme de sobreseimiento, de libertad o de absolución. Las previstas en el núm. 5 serán igualmente canceladas en caso de cese o levantamiento del control judicial”.

### Artículo 706-53-5

«Toda persona cuya identidad esté inscrita en el fichero estará sujeta, a título de medida de seguridad, a las obligaciones previstas por el presente artículo.

La persona estará obligada, bien ante el gestor del fichero, por carta certificada con acuse de recibo, bien ante la comisaría de policía o de gendarmería de su domicilio, por carta certificada con acuse de recibo o presentándose en el servicio:

- 1 a justificar su dirección una vez por año;
- 2 a declarar sus cambios de dirección, en un plazo de quince días como tarde tras dicho cambio.

Si la persona hubiera sido definitivamente condenada por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión, deberá justificar su dirección una vez cada seis meses presentándose a tal fin bien ante la comisaría o la unidad de gendarmería de su domicilio, bien ante la agrupación departamental de la gendarmería o la dirección departamental de la seguridad pública de su domicilio o ante cualquier otro servicio designado por la prefectura.

El hecho, para las personas que deben cumplir las obligaciones previstas por el presente artículo, de no respetar las mismas será castigado con dos años de encarcelamiento y 30.000 euros de multa».

### Artículo 706-53-6

“Toda persona cuya identidad haya sido inscrita en el fichero será informada de ello por la autoridad judicial, bien mediante una notificación personal, bien mediante carta certificada dirigida a la última dirección declarada.

Será entonces informada de las medidas y de las obligaciones a las que está sujeta por aplicación de las disposiciones del artículo 706-53-5 y de las penas en las que incurriría en el caso de no respetar dichas obligaciones.

Cuando la persona estuviera privada de libertad, las informaciones previstas en el presente artículo le serán facilitadas en el momento de su libe-

ración definitiva o previamente a la primera medida de acondicionamiento de su pena».

Artículo 706-53-7 (Modificado por la Ley núm. 2008-174 de 25 de febrero de 2008-artículo 15)

«Las informaciones contenidas en el fichero serán directamente accesibles mediante un sistema de telecomunicación seguro:

- 1 a las autoridades judiciales;
- 2 a los oficiales de policía judicial, en el marco de procedimientos referidos a crímenes de atentado voluntario contra la vida, de rapto o secuestro o una infracción de las mencionadas en el artículo 706-47 y para el ejercicio de las diligencias previstas en los artículos 706-53-5 y 706-53-8;
- 3 a los pretextos y las administraciones del Estado cuya relación quedará fijada por el decreto previsto en el artículo 706-53-12, para el examen de las peticiones de consentimiento referidas a actividades o profesiones que impliquen un contacto con menores así como para el control del ejercicio de dichas actividades o profesiones.

Los alcaldes, los presidentes del Consejo general y los presidentes del Consejo regional son igualmente destinatarios, por medio de los pretextos, de las informaciones contenidas en el fichero, para las decisiones administrativas mencionadas en el punto 3 referidas a actividades o profesiones que impliquen un contacto con menores así como para el control del ejercicio de dichas actividades o profesiones».

Artículo 706-53-8

«Según las modalidades precisadas por el decreto previsto en el artículo 706-53-12, el gestor del fichero advertirá directamente al ministerio del interior, quien transmitirá inmediatamente la información a los servicios policiales o de gendarmería competentes, en caso de nueva inscripción o de modificación de la dirección que concierna a una inscripción o cuando la persona no hubiera aportado la justificación de su dirección en los plazos requeridos.

Los servicios policiales o de gendarmería podrán proceder a cualquier verificación útil y a cualquier requerimiento ante las administraciones públicas para verificar o hallar la dirección de la persona.

Si resultara que la persona no se hallara en la dirección indicada, el fiscal la inscribirá en el fichero de personas buscadas».

#### Artículo 706-53-9

«Toda persona que acredite su identidad podrá obtener, realizada la correspondiente petición dirigida al fiscal del Tribunal de Gran instancia de la circunscripción en la que reside, comunicación de la información íntegra que le concierne contenida en el fichero».

#### Artículo 706-53-10 (Modificado por la Ley de 5 de marzo de 2007)

«Toda persona cuya identidad figure inscrita en el fichero podrá solicitar al fiscal la rectificación o la orden de cancelación de las informaciones que le conciernan si las mismas no fueran exactas o si su conservación no fuera necesaria habida cuenta de la finalidad del fichero, la naturaleza de la infracción, la edad de la persona en el momento de la comisión, el tiempo transcurrido desde entonces y la personalidad actual del interesado.

La solicitud de cancelación resultará inadmisibile mientras las informaciones en cuestión (derogado por L. núm. 2007-297 de 5 de marzo de 2007, arta. 43, a partir del 7 de marzo de 2008) “subsistan en el certificado núm. 1 de los antecedentes penales del interesado o se refieran a un proceso judicial en curso” (L. núm. 2007-297 de 5 de marzo de 2007, arta. 43) “mientras la persona no haya sido rehabilitada o la medida que originó su inscripción no haya sido cancelada del certificado núm. 1”.

Si el fiscal no ordenara la rectificación o la cancelación, la persona podrá acudir con tal fin al juez des libertó et de la détention, cuya resolución podrá ser recurrida ante el presidente de la sala de instrucción.

Antes de resolver sobre la petición de rectificación o de cancelación, el fiscal, el juez des libertó et de la détention y el presidente de la sala de instrucción podrán realizar cualquier verificación que estime necesaria y en particular ordenar un examen médico de la persona. Si se trata de una información referida bien a un crimen, bien a un delito castigado con diez



años de encarcelamiento y cometido contra un menor, la decisión de cancelación del fichero no podrá producirse sin la realización de dicho examen. (...)».

#### Artículo 706-53-12

«Las modalidades y condiciones de aplicación de las disposiciones del presente capítulo serán determinadas por decreto del Consejo de Estado adoptado tras escuchar a la Commission nationale de l'informatique et des libérté.

Dicho decreto precisará en particular las condiciones en las que el fichero deberá conservar el vestigio de las aclaraciones y consultas de las que ha sido objeto».

#### Artículo R53-8-34

«El fichero conserva durante tres años las informaciones relativas a las inscripciones y aclaraciones de las que ha sido objeto, precisando la calidad de la persona o autoridad que ha procedido a la ejecución.

Tales informaciones sólo pueden ser consultadas por el magistrado jefe del servicio que gestiona el fichero o, previa autorización, por las personas a las que habilita especialmente. Pueden dar lugar a explotaciones estadísticas».

### **Jurisprudencia del Consejo Constitucional**

En su Decisión núm. 2004-492 DC de 2 de marzo de 2004, el Consejo Constitucional consideró que «la inscripción de la identidad de una persona en el [FIJAIS] (...) tiene por objeto prevenir la reincidencia de tales delitos y facilitar la identificación de sus autores; que de ello se colige que tal inscripción no constituye en sí misma una sanción, sino una medida policial (apartado 74). Asimismo, consideró que en lo que respecta a la inscripción, consulta y utilización del fichero, que habida cuenta, por un lado, de las garantías que aportan las condiciones de utilización y consulta del fichero y mediante la atribución a la autoridad judicial de la facultad de inscribir y cancelar los datos nominativos y, por otro lado, de la gra-

vedad de los delitos que justifican la inscripción de los datos nominativos en el fichero y del índice de reincidencia que caracteriza a este tipo de delitos, las disposiciones impugnadas aseguran, entre el respeto de la vida privada y la protección del orden público, una conciliación que no es manifiestamente desequilibrada (apartado 87)». Por último, estimó que «la obligación, para las personas inscritas, de declarar periódicamente la dirección de su domicilio o su residencia no constituye una sanción, sino una medida policial destinada a prevenir la reincidencia y facilitar la identificación de sus autores; que el objeto mismo del fichero hace necesaria la verificación constante del domicilio de las personas; que la carga que se les impone con el fin de permitir tal verificación no constituye una [medida] que no necesaria en el sentido del artículo 9 de la Declaración de 1789 (...)» (apartado 91).

### **Jurisprudencia del Tribunal de Casación**

En una Sentencia de la Sala de lo penal de 12 de marzo de 2008, el Tribunal de Casación se pronunció sobre la naturaleza de la inscripción (ver también, crim, 31 octubre 2006, boletín criminal núm. 267). Se pronunció en estos términos:

«Considerando que (...) al ordenar la inscripción en el FIJAIS, el Tribunal de apelación ha hecho exacta aplicación del artículo 216 de la Ley de 9 de marzo de 2004, que prevé que las disposiciones relativas a esta inscripción son aplicables a los delitos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley, artículo que no es contrario a las disposiciones convencionales invocadas, puesto que la inscripción en el FIJAIS, que no es una pena sino una mera medida de seguridad, no está sometida al principio de no retroactividad de las Leyes de fondo más severas; (...)».

El Tribunal de Casación ha confirmado, en su jurisprudencia, el carácter automático de la inscripción en el FIJAIS para las condenas superiores a cinco años de prisión (crim, 16 enero 2008).

### **Unidad de control de los ficheros policiales y de gendarmería**

En diciembre de 2008, esta unidad de trabajo remitió al Ministro del Interior, de Ultramar y de las Colectividades territoriales, un informe titu-

lado «Controlar mejor la aplicación de los dispositivos para mejor proteger las libertades». Según este informe, veinte mil doscientos veintidós personas estaban inscritas en el FIJAIS cuando se inauguró éste en junio de 2005 y en octubre de 2008, cuarenta y tres mil cuatrocientas ocho.

## **El Registro Nacional de Penados automatizado**

### **Disposiciones generales**

Los artículos 768 a 781 del CPP organizan el funcionamiento del Registro Nacional de Penados ( Casier judiciaire national «CJN»). El CJN conserva las condenas pronunciadas por los tribunales penales, pero también ciertas condenas mercantiles, administrativas y disciplinarias si implican una inhabilitación. El Registro de Penados se compone de tres certificados. Las informaciones contenidas en el Registro de Penados son comunicadas en forma de certificados.

El certificado núm. 1 (artículo 774 del CPP) contiene el extracto íntegro de las fichas del registro de antecedentes penales, es decir, el conjunto de condenas relativas a una persona. Sólo es expedido a las autoridades judiciales nacionales.

El certificado núm. 2 (artículo 775 del CPP) contiene la mayor parte de las condenas por crímenes y delitos a excepción, concretamente, de las condenas pronunciadas contra menores de edad, decisiones extranjeras, multas y condenas condicionales cuando el plazo de prueba ha expirado. Es posible pedir al Juez que una condena no figure en el certificado núm. 2 (sin embargo, permanece inscrita en el certificado núm. 1). Este certificado sólo es accesible a ciertas autoridades administrativas y militares y siempre por motivos concretos: pretextos, autoridades militares, dirigentes de empresas públicas, etc.

El certificado núm. 3 (artículo 775 del CPP) contiene el extracto de las condenas más graves por un crimen o delito, en particular las penas privativas de libertad superiores a dos años. Este certificado es el único que puede comunicarse a la persona afectada.

## **El procedimiento de rehabilitación**

El Código Penal prevé un procedimiento de rehabilitación de las personas físicas condenadas que permite eliminar una condena del Registro de Penados en un plazo más corto que el establecido legalmente (cuarenta años). El artículo 133-1 de dicho código, dispone que la rehabilitación borra la condena.

El artículo 133-13 plantea las condiciones de la rehabilitación de pleno derecho:

### **Artículo 133-13**

«La rehabilitación se adquirirá de pleno derecho por la persona física condenada que, en los plazos determinados a continuación, no haya sufrido ninguna nueva condena a una pena criminal o correccional: (...)

3 Para la condena única a una pena de prisión que no exceda de diez años o para las condenas múltiples a penas de prisión que en total no excedan de cinco años, tras un plazo de diez años a contar desde la expiración de la pena, o del cumplimiento de la prescripción”.

El Código procesal penal organiza el procedimiento de rehabilitación judicial:

### **Artículo 785.1**

«La rehabilitación sólo podrá ser solicitada judicialmente, en vida del condenado, por éste, o, si estuviera incapacitado, por su representante legal; en caso de fallecimiento y si las condiciones legales fueran cumplidas, la petición podrá ser continuada por su cónyuge o por sus ascendientes o descendientes e incluso presentada por ellos, pero sólo en el plazo de un año a contar desde el fallecimiento».

Artículo 786 (modificado por la Ley núm. 2004-204 de 9 de marzo de 2004- en vigor desde el 1 de enero de 2005)

«La petición de rehabilitación sólo podrá ser formulada después de un plazo de cinco años para los condenados a una pena criminal (...).

Este plazo comenzará, (...) para los condenados a una pena privativa de libertad, desde el día de su libertad definitiva o, conforme a las disposiciones del artículo 733, párrafo tercero, desde el día de su libertad condicional cuando ésta no hubiera sido seguida de revocación (...).

Las reglas relativas a la cancelación de los antecedentes penales son las siguientes:

#### Artículo 769

«(...) Serán retiradas del registro de antecedentes penales las fichas relativas a condenas afectadas por una amnistía o reformadas (...) Lo mismo sucederá, (...) con las fichas relativas a condenas dictadas hace más de cuarenta años y a las que no haya seguido una nueva condena criminal o correccional.

Serán igualmente retiradas del registro de antecedentes penales:

(...)

8. Las condenas que hayan sido objeto de una rehabilitación judicial, cuando los tribunales hayan ordenado expresamente la supresión de la condena del registro de antecedentes penales de conformidad con el párrafo segundo del artículo 798».

### **Derecho internacional aplicable**

#### **Instrumentos del Consejo de Europa**

El Convenio del Consejo de Europa de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal («el Convenio sobre la protección de datos»), define los «datos de carácter personal» como cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable («persona concernida»). El Convenio enuncia concretamente:

«Preámbulo (...)

Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la cir-

culación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados;

#### Artículo 5. Calidad de los datos

Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

(...)

b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas y no se utilizarán de forma incompatible con dichas finalidades;

c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;

(...)

e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

#### Artículo 6. Categorías particulares de datos

Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. (...)

#### Artículo 7. Seguridad de los datos

Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados».

La Recomendación R (87) 15 del Comité de Ministros, que regula el uso de los datos de carácter personal en el sector de la policía (adoptada el 17 de septiembre de 1987) dispone concretamente:

«Principio 2 - Obtención de los datos

- 2.1. La obtención de los datos de carácter personal con fines policiales debería limitarse a lo necesario para la prevención de un peligro concreto o la represión de un delito determinado. Cualquier excepción a esta disposición debería ser objeto de una legislación nacional específica.

(...)

Principio 3 - Registro de los datos

- 3.1. En la medida de lo posible, el registro de datos de carácter personal con fines policiales sólo debería afectar a los datos exactos y limitarse a los datos necesarios para permitir a los órganos de la policía cumplir sus tareas legales en el marco de la legislación interna y las obligaciones derivadas del Derecho Internacional.

(...)

Principio 7 - Plazo de conservación y actualización de los datos

- 7.1. Se deberían adoptar medidas para que los datos de carácter personal conservados con fines policiales sean eliminados si dejan de ser necesarios para los fines para los que fueron registrados.

Para ello, cabe considerar concretamente los criterios siguientes: la necesidad de guardar los datos a la luz de las conclusiones de una investigación en un caso concreto; el pronunciamiento de una decisión definitiva y particularmente de una absolución; la rehabilitación; la prescripción; la amnistía; la edad de la persona concernida; las categorías particulares de datos».

## **Derecho comparado**

El Senado de la República francesa publicó, en marzo de 2004, un «Estudio de legislación comparada» (núm. 133) sobre el tratamiento de los delitos sexuales cometidos sobre menores. Este informe afirma que «sólo existe un registro de delincuentes sexuales en Inglaterra y el País de Gales». En Alemania, ni existe un registro federal, pero dos Länder disponen de registros específicos (Baviera y Bremen). Al registro bávaro «HEADS» ( Haft-Entlassenen-Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter ) sólo pueden acceder los policías y los magistrados. En el Reino Unido el registro de los autores de delitos es ilimitado para las personas condenadas a penas de más de treinta años de prisión y no existe posibilidad de cancelar los datos memorizados (Sexual Offences Act 2003, s 82).

## **Fundamentos de derecho**

### **Sobre la admisibilidad de la demanda**

El Gobierno sostiene que el demandante dispondría de dos recursos que no ha agotado con anterioridad a la presentación de la demanda, en virtud del artículo 706-53-10 del CPP: un recurso de rectificación y un recurso de cancelación. El recurso de cancelación permitiría, concretamente, al demandante ser retirado del FIJAIS. El Gobierno sostiene que toda persona inscrita en este fichero puede solicitar al fiscal que ordene la retirada de las informaciones que le afectan si su conservación ya no parece necesaria habida cuenta de la finalidad del fichero y atendiendo a algunas condiciones, en particular, la naturaleza del delito, la edad de la persona, su personalidad y el tiempo transcurrido desde que cometió el delito. El Gobierno reconoce, sin embargo, que toda solicitud de cancelación es inadmisibles mientras subsistan en el certificado núm. 2 de los antecedentes penales del interesado las menciones en cuestión y que en el caso del demandante, tales menciones sólo se eliminarán cuando concluya un plazo de cuarenta años tras la condena, es decir, en 2036.

El Gobierno estima que el demandante debería haber ejercitado una acción de rehabilitación judicial para obtener la cancelación de la referencia a su condena en el Registro de penados, en virtud del artículo 786 del CPP. En efecto, una vez rehabilitado el demandante, habría podido solicitar al fiscal la cancelación del FIJAIS. Ahora bien, no habiendo ejer-



citado este recurso, el Gobierno estima que la demanda debería desestimarse de conformidad con el artículo 35.1 del Convenio.

El demandante indica que, en 2002, presentó una demanda al objeto de que se cancelara el certificado núm. 2 de sus antecedentes penales y que fue rechazada por la Sala de instrucción del Tribunal de apelación de Toulouse el 11 de febrero de 2002.

Asimismo, señala que el artículo 706-53-4 del CPP prevé que la rehabilitación o las reglas propias para la eliminación de las referencias a las condenas que figuren en el registro de antecedentes penales no entrañan la cancelación de las informaciones mencionadas en el FIJAIS. En su opinión, el recurso de rehabilitación no puede considerarse un recurso efectivo frente a la inscripción en el FIJAIS, en el sentido del artículo 35.1 del Convenio.

El Tribunal constata que se plantea la cuestión de la efectividad de los recursos invocados por el Gobierno. En lo que respecta al recurso de rectificación, sólo permite hacer corregir un eventual error material acerca de las coordenadas de la persona fichada. En cuanto al recurso de cancelación, se desprende de los artículos 706-53-4 y 706-53-10 del CPP que éste está subordinado a unas condiciones de forma y de fondo que deberán ser examinadas a la luz de las garantías que disponen las personas inscritas en el fichero contra el riesgo de abuso y de actuación arbitraria. El Tribunal estima que este aspecto está relacionado con el examen del fundamento de la queja relativa al artículo 8 del Convenio. Señala que el Gobierno plantea otras excepciones de inadmisibilidad para cada una de las quejas abordadas; por tanto, examinará a continuación la admisibilidad de éstas.

### **Sobre la violación del artículo 7 del Convenio**

El demandante denuncia su inscripción en el FIJAIS y se queja de la aplicación retroactiva de la Ley de 9 de marzo de 2004 que le impone unas obligaciones más severas que las existentes el día de su condena, en contravención de las disposiciones del artículo 7.1, que dice así:

«Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

El Gobierno invoca una excepción fundada en la incompetencia *ratione materiae* del Tribunal para conocer de esta queja. La inscripción en el FIJAIS no constituye, en su opinión, una «pena» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal, por lo que el artículo 7 no es aplicable.

El Gobierno no niega el hecho de que la Ley de 9 de marzo de 2004 no estuviera en vigor ni cuando el demandante cometió el delito ni cuando fue condenado. Sostiene que no puede admitirse tal calificación. Cita a título de demostración los criterios que extrae el Tribunal de su jurisprudencia, concretamente en los asuntos Welch contra Reino Unido (9 febrero 1995, ap. 27, serie A núm. 307-A) y Jamil contra Francia (8 junio 1995, ap. 30, serie A núm. 317-B). Si bien el Tribunal consideró, en el asunto Jamil, que la ejecución personal constituía una pena por cuanto «pronunciada por el tribunal penal y destinada a ejercer un efecto disuasorio, la sanción impuesta al señor Jamil podía terminar en una privación de libertad de carácter punitivo (apartado 32)», decidió por el contrario que una medida de vigilancia especial no podía asimilarse a una pena, puesto que trataba de impedir la realización de actos criminales (Sentencia Raimondo contra Italia, 22 febrero 1994, ap. 43, serie A núm. 281-A). Según el Gobierno, tal es precisamente la finalidad de las medidas de seguridad, entre las que figura la inscripción en el FIJAIS. Pueden definirse como medidas de protección social destinadas a prevenir que un delincuente sea reincidente o neutralizar una situación peligrosa. Su fundamento no sería la culpabilidad del delincuente sino el peligro que representa. Así, el registro en el FIJAIS se lleva a cabo «como medida de seguridad» (artículo 706-53-5 del CPP) y no sería una sanción. En efecto, el artículo 706-53-5 4º del CPP prevé la inscripción de una persona en el FIJAIS inclusive, por ejemplo, en caso de sobreseimiento o puesta en libertad.

El demandante considera que la inscripción en el FIJAIS conlleva una obligación impuesta por un texto que no existía cuando fue condenado. Tal inscripción constituye una pena más grave que la aplicable cuando cometió el delito.

El Tribunal señala que el demandante fue inscrito en el FIJAIS tras la entrada en vigor de la Ley de 9 de marzo de 2004. Dicha inscripción se produjo con posterioridad no solamente a su condena, sino también a su liberación. Tal medida impone al demandante la obligación de justificar

anualmente su domicilio y declarar cualquier cambio de dirección como muy tarde en el plazo de quince días.

El Tribunal debe determinar si la inscripción en el FIJAIS puede considerarse una «pena» en el sentido del artículo 7.1 del Convenio, o bien si de trata de una medida excluida del ámbito de aplicación de esta disposición ( Ibbotson contra Reino Unido, Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1998, núm. 40146/1998, y Adamson contra Reino Unido (dec), núm. 42293/1998, 26 de enero de 1999, en lo que respecta a la inscripción en un fichero de autores de delitos sexuales y, mutatis mutandis, Van der Velden contra Holanda (dec), núm. 29514/2005, TEDH 2006-..., en lo que se refiere a la conservación por las autoridades de muestras de ADN extraídas de los demandantes).

A este respecto, el Tribunal recuerda que la noción de «pena» del artículo 7 tiene un alcance autónomo, siendo libre el Tribunal de ir más allá de las apariencias y apreciando por sí mismo si una medida concreta es en el fondo una «pena» en el sentido de esta cláusula. El texto del artículo 7.1, segunda frase, indica que la base de toda valoración de la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión es impuesta tras una condena por una «infracción». A este respecto, se pueden considerar pertinentes otros elementos: la calificación de la medida en la legislación interna, su naturaleza y su finalidad, los procedimientos asociados a su adopción y su aplicación, así como su severidad ( Sentencia Welch, previamente citada).

En el presente caso, el Tribunal señala ante todo que la inscripción del demandante en el FIJAIS sí resulta de su condena pronunciada el 12 de abril de 1996, puesto que en este fichero se inscriben automáticamente las personas que, como él, han sido condenadas a una pena superior a cinco años de prisión por haber cometido un delito de carácter sexual o violento.

Asimismo, en lo que respecta a la calificación jurídica atribuida en derecho interno, el Tribunal señala que, según el Consejo Constitucional, la medida en cuestión no constituye una sanción sino una «medida policial» y que, según las disposiciones inequívocas del artículo 706-53-1 del CPP, el FIJAIS tiene como finalidad la prevención de la reiteración de los delitos sexuales o violentos, la identificación y la localización de sus autores.

En lo que respecta al fin y la naturaleza de la medida enjuiciada, el Tribunal constata que el demandante considera punitiva la nueva obligación impuesta. Sin embargo, estima que el objetivo principal de esta obligación es impedir la reincidencia. A este respecto, considera que el conocimiento, por los servicios de policía o gendarmería y las autoridades judiciales, del domicilio de las personas condenadas, por su inscripción en el FIJAIS, comporta un elemento disuasorio y permite facilitar las investigaciones policiales. La obligación derivada de la inscripción en el FIJAIS tiene pues una finalidad puramente preventiva y disuasoria y no puede considerarse represiva o que constituye una sanción.

Asimismo, el Tribunal señala que aunque el demandante se expone a una pena de prisión de dos años y al pago de una multa de 30.000 euros (EUR) en caso de incumplimiento de la obligación, se ha de entablar otro procedimiento, totalmente independiente del que condujo a su condena el 12 de abril de 1996, durante el cual el Juez competente podrá apreciar el carácter culposo o no del incumplimiento (véase, a contrario, Sentencia Welch, previamente citada).

Por último, en lo concerniente a la severidad de la medida en cuestión, el Tribunal recuerda que este elemento no es decisivo en sí mismo (Sentencia Welch, previamente citada, ap. 32). Considera, en cualquier caso, que la obligación de justificar anualmente su dirección y declarar los cambios de domicilio como muy tarde en un plazo de quince días, durante un período de treinta años, no alcanza la severidad necesaria para considerarla una «pena».

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal estima que la inscripción en el FIJAIS y las obligaciones que de ello derivan, no constituyen una «pena» en el sentido del artículo 7.1 del Convenio y deben considerarse una medida preventiva a la que no se aplica el principio de no retroactividad que enuncia esta disposición.

Por tanto, cabe rechazar la queja relativa al artículo 7 del Convenio por incompatibilidad *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio, en aplicación del artículo 35.3 y 35.4 del Convenio.

## **Sobre la violación del artículo 8 del Convenio**

La queja relativa al artículo 7 del Convenio ha sido objeto igualmente de cuestiones planteadas por el Tribunal en relación al artículo 8 que dispone:

- «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para XXX la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

### **Tesis de las partes**

El Gobierno subraya que el demandante no ha invocado expresamente la queja relativa a la violación del artículo 8 del Convenio en su demanda inicial. Si, no obstante, el Tribunal desea examinar el presente procedimiento desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, el Gobierno considera que las autoridades francesas no han vulnerado dicho texto.

El Gobierno puntualiza asimismo que la obligación resultante para el demandante de su inscripción en el FIJAIS no se puede considerar una injerencia en su vida privada y familiar, puesto que se limita a las exigencias previstas en el artículo 706-53-5 del CPP.

Sostiene que la medida en cuestión sí tiene un fundamento legal, la Ley de 9 de marzo de 2004 que contempla las consecuencias de la inscripción en el FIJAIS para las personas afectadas. Tiene como finalidad la defensa del orden y la prevención del delito, en particular el cometido sobre menores (artículo 706-53-1 del CPP).

Por último, el Gobierno propone sopesar el interés para la sociedad de prevenir los delitos sexuales y la gravedad de la lesión del derecho del demandante al respeto de su vida privada. En su opinión, la creación del FIJAIS se inscribe en el marco del establecimiento progresivo de un régimen jurídico adecuado para los delitos de naturaleza sexual, que halla su justificación en la toma de conciencia relativamente reciente de la especi-

ficidad de tales delitos. Ésta resulta, por un lado, del hecho de que sus autores a menudo padecen trastornos de personalidad, factor real de la reincidencia y, por otro lado, del sufrimiento especial que estos delitos ocasionan a las víctimas, particularmente cuando son menores de edad en el momento de los hechos. Así, las autoridades internas han aplicado medidas represivas y medidas preventivas. La creación del FIJAIS, en este contexto, tenía como finalidad colmar las lagunas del dispositivo de prevención en los casos especialmente graves de delitos sexuales. El Gobierno añade que de la jurisprudencia del Tribunal se colige que éste no niega a los Estados el derecho, para prevenir los delitos, de recoger y memorizar en ficheros la información sobre personas puesto que «[existentes] garantías adecuadas y suficientes contra los abusos» ( Sentencia Leander contra Suecia, 26 marzo 1987, ap. 60, serie A núm. 116).

En el caso de autos, el demandante se benefició de todas las garantías que ofrece la Ley. Fue informado de su inscripción por la autoridad judicial, habiéndose confiado el control del fichero a un magistrado. Solamente afecta a los autores de los graves delitos sexuales mencionados en el artículo 706-47 del citado código y solamente tales delitos autorizan el registro automático.

En cuanto a las demás garantías previstas por la Ley, el Gobierno recuerda que el plazo de conservación de las informaciones depende de la gravedad de los delitos en cuestión: veinte o treinta años. Se trata de un plazo máximo y las personas afectadas tienen la posibilidad de pedir la cancelación del FIJAIS antes de que concluya dicho plazo. Tal petición puede formularse ante tres autoridades: el Fiscal, el Juez des libértó y de la détention (Juez que examina y resuelve sobre la procedencia de adoptar medidas cautelares) y el presidente de la Sala de instrucción. Este triple acceso constituye, en opinión del Gobierno, una triple garantía. En el caso de autos, la mención de la condena en el expediente penal del demandante imposibilita la retirada del FIJAIS. Dispone, sin embargo, de la posibilidad de pedir su rehabilitación judicial que hace desaparecer la referencia a su condena en el Registro de penados. Asimismo, al FIJAIS pueden acceder exclusivamente algunas autoridades, obligadas a mantener la confidencialidad, y en unas circunstancias que la Ley determina con precisión. Por último, no se puede efectuar ninguna relación entre el FIJAIS y otros ficheros.

El Gobierno concluye que las garantías que rodean la inscripción en el FIJAIS son tales que constituyen una injerencia necesaria en una sociedad democrática, en el sentido del artículo 8.2 del Convenio.

El demandante considera que su inscripción en el FIJAIS, las obligaciones que de ésta derivan y el plazo de inscripción, atentan gravemente contra sus libertades individuales.

### **Valoración del Tribunal**

Cabe recordar que, competente para llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos de la causa, el Tribunal no está vinculado por la que les atribuyen los demandantes o los gobiernos. En virtud del principio *jura novit curia*, puede examinar de oficio una queja desde el punto de vista de un artículo o un apartado no invocado por los comparecientes. En otras palabras, una queja caracterizada por los hechos que denuncia y no por los simples motivos o argumentos de derecho invocados (Sentencias Guerra y otros contra Italia, 19 febrero 1998, ap. 44, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I y Berktaý contra Turquía núm. 22493/1993, ap. 168, 1 marzo 2001). Por tanto, ha de rechazarse la excepción de inadmisibilidad del Gobierno. El Tribunal constata que esta queja no carece manifiestamente de fundamento, en el sentido del artículo 35.3 del Convenio. Señala, asimismo, que no se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad. En consecuencia, procede admitirla.

Por lo demás, el Tribunal señala que el FIJAIS contiene datos relativos a la vida privada del demandante. Tal fichero depende del Ministerio de Justicia y se halla bajo el control del magistrado que dirige el Registro de penados. El Tribunal subraya que no le corresponde especular sobre el carácter sensible o no de las informaciones recogidas, ni sobre los eventuales inconvenientes sufridos por el demandante. Según su jurisprudencia, la memorización por una autoridad pública de datos relativos a la vida privada de una persona, constituye una injerencia en el sentido del artículo 8. La utilización posterior de la información almacenada poco importa (*mutatis mutandis*, Sentencias Leander, previamente citada, ap. 48, y Kopp contra Suiza, 25 marzo 1998, ap. 53, Repertorio 1998-II). Más concretamente, el Tribunal ha juzgado ya que la obligación para las personas que han sido objeto de una condena por un delito sexual de indicar a la policía su nombre, fecha de nacimiento, dirección o cambio de dirección,

entra dentro del ámbito del artículo 8.1 del Convenio (Decisión Adamson, previamente citada).

El Tribunal señala que las partes no niegan que la injerencia en litigio estuviera prevista por la Ley y persiguiera los fines legítimos de defensa del orden público y prevención del delito (ibídem). Por tanto, ha de examinar la necesidad de la injerencia respecto a las exigencias del Convenio.

Corresponde, en primer lugar, a las autoridades internas decir dónde se sitúa el equilibrio a mantener en un caso concreto antes de que el Tribunal proceda a una evaluación en última instancia y, en consecuencia, los Estados disponen en principio de cierto margen de apreciación en este ámbito. La amplitud de este margen varía y depende de ciertos elementos, en particular de la naturaleza de las actividades en cuestión y de la finalidad de las restricciones (Sentencia Smith y Grady contra Reino Unido, núms. 33985/1996 y 33986/1996, ap. 88, TEDH 1999-VI).

Por tanto, cuando se trata de un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de una persona, el margen de apreciación de que dispone el Estado es por lo general limitado.

La protección de los datos de carácter personal juega un papel fundamental en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 del Convenio. Por tanto, la legislación interna debe ofrecer unas garantías apropiadas que impidan toda utilización de datos de carácter personal que no sea conforme a las garantías previstas en dicho artículo (véase, *mutatis mutandis*, Sentencia Z contra Finlandia, previamente citada, ap. 95). Al igual que declaró en la Sentencia S. y Marper contra Reino Unido ([GS], núms. 30562/2004 y 30566/2004, ap. 103), el Tribunal considera que la necesidad de disponer de tales garantías se hace sentir aún más cuando se trata de proteger los datos de carácter personal sometidos a un tratamiento automático, en particular cuando estos datos son utilizados con fines policiales. El derecho interno ha de asegurar, en particular, que estos datos sean pertinentes y no excesivos en relación a las finalidades para las que son registrados y que se conserven bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado (preámbulo y artículo 5 del Convenio sobre la protección de datos y principio 7 de la Recomendación R(87)15 del Comité de Ministros destinada a reglamentar el uso de los



datos de carácter personal en el sector de la policía). El derecho interno ha de contener también garantías que protejan eficazmente los datos de carácter personal registrados contra los usos impropios y abusivos (ver, en particular, el artículo 7 del Convenio sobre la protección de datos).

El Tribunal no puede poner en duda los objetivos de prevención de un fichero como en el que está inscrito el demandante, condenado a diez años de prisión por violación y agresión sexual sobre menores. La finalidad de tal fichero, como ha recordado ya, trata de prevenir los delitos y luchar especialmente contra la reincidencia, facilitando en tal caso la identificación de sus autores. Las sevicias sexuales constituyen innegablemente un tipo odioso de perjuicio que debilita a las víctimas. Los niños y otras personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado, en forma de prevención eficaz que los ampare de formas tan graves de injerencia en unos aspectos esenciales de su vida privada (Sentencia *Stubbings* y otros contra Reino Unido, 22 octubre 1996, ap. 64, Repertorio 1996-IV).

Al mismo tiempo, las políticas penales en Europa evolucionan y conceden, junto a la represión, una importancia creciente al objetivo de reinserción de la prisión, en particular tras una larga condena (Sentencia *Dickson* contra Reino Unido, núm. 44362/2004, ap. 75, TEDH 2007-XIII). El éxito en la reinserción supone, concretamente, prevenir la reincidencia (veáse Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa citado en la Sentencia *Léger* contra Francia, núm. 19324/2002, ap. 49).

En el caso de autos, el demandante fue inscrito automáticamente en el fichero en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley de 9 de marzo de 2004 y teniendo en cuenta el crimen por el que había sido condenado en firme. Tal inscripción le fue notificada y comunicadas las obligaciones correspondientes.

En lo que respecta a las obligaciones de justificar su dirección una vez al año y sus cambios de domicilio so pena de prisión y multa, el Tribunal ha juzgado ya que no son contrarias a los principios del artículo 8 del Convenio (Decisión *Adamson*, previamente citada).

En cuanto al plazo de conservación de la información, el Tribunal constata que es de veinte a treinta años según la gravedad de la condena que implica la inscripción en el FIJAIS.

Tal y como indica el Gobierno, se trata del plazo máximo. Aunque importante en este caso puesto que es de treinta años, el Tribunal señala que la eliminación de los datos es de pleno derecho, una vez transcurrido el plazo, el cual se computa desde el momento en que deja de producir sus efectos la decisión que originó la inscripción. El Tribunal señala también que la persona en cuestión puede pedir su cancelación al Fiscal si su conservación no fuera necesaria habida cuenta la finalidad del fichero, la naturaleza de la infracción, la edad de la persona en el momento de la comisión, el tiempo transcurrido desde entonces y la personalidad actual del interesado (apartado 16, artículo 706-53-10 del CPP). La decisión del Fiscal es susceptible de recurso ante el Juez des libertó et de la détention y el presidente de la Sala de instrucción.

El Tribunal considera que este procedimiento judicial de eliminación de datos asegura un control independiente de la justificación de la conservación de la información sobre la base de unos criterios precisos (Sentencia S. y Marper, previamente citada, ap. 119) y presenta garantías suficientes y adecuadas del respeto de la vida privada en virtud de la gravedad de los delitos que justifican la inscripción en el fichero. En efecto, la memorización de los datos durante un plazo tan largo podría plantear un problema desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, pero el Tribunal constata que el demandante tiene, en cualquier caso, la posibilidad concreta de pedir la cancelación de las informaciones memorizadas cuando deja de producir sus efectos la decisión que originó la inscripción. En estas condiciones, el Tribunal estima que el plazo de conservación de los datos no es desproporcionado respecto a la finalidad que persigue la memorización de la información.

En cuanto a las modalidades de utilización del fichero y el ámbito de autoridades que tienen acceso al mismo, el Tribunal constata que se ha ampliado en varias ocasiones y que ya no se limita a las autoridades judiciales y los oficiales de policía judicial, sino que también tienen acceso los órganos administrativos (artículo 706-53-7 CPP). Cabe constatar que la consulta es accesible exclusivamente a autoridades obligadas por Ley a mantener la confidencialidad y en unas circunstancias determinadas con precisión. Asimismo, el presente caso no se presta a un examen in concreto de la cuestión de la apertura a examen de un fichero con fines administrativos.

En conclusión, el Tribunal estima que la inscripción en el FIJAIS, tal y como ha sido aplicada al demandante, mantiene un equilibrio justo entre los intereses privados y públicos concurrentes y que el Estado demandado no ha excedido el margen de apreciación aceptable en la materia. Por consiguiente, no ha habido, en este caso, violación del artículo 8 del Convenio.

### **Sobre las otras violaciones alegadas**

El demandante estima, invocando los artículos 13, 14 del Convenio y 4 del Protocolo núm. 7, que su inscripción en el FIJAIS es una medida discriminatoria y que la Ley que crea el fichero en cuestión le inflige una segunda condena.

En lo que respecta a estas quejas, habida cuenta del conjunto de elementos que obran en su poder y en la medida en que es competente para conocer de las alegaciones formuladas, el Tribunal no observa ninguna apariencia de violación de los derechos y las libertades que garantiza la disposición invocada. Estima, en consecuencia, que carecen manifiestamente de fundamento, en el sentido del artículo 35.3 del Convenio y que han de desestimarse en aplicación del artículo 35.4.

Por estos motivos, el Tribunal, por unanimidad,

- 1 Declara admisible la demanda en cuanto a la queja relativa al artículo 8 del Convenio y desestima el resto de la misma;
- 2 Declara que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

## OTROS

### 43.- AUTO 80/2009 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 09/03/09

**Inadmisibilidad de la demanda de amparo por la nueva exigencia de fondo que para su admisión establece el artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tras la entrada en vigor de la LO 6/2007 de 24 de mayo.**

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 13 de noviembre de 2007 J. K. A. B. solicitó el nombramiento de Letrado y Procurador de turno de oficio a fin de interponer recurso de amparo contra los Autos de fecha 23 de marzo y 24 de octubre de 2007, del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de vigilancia penitenciaria), que desestimaron el recurso de alzada y posterior de reforma presentados por el interno contra el Acuerdo sancionador de 5 de diciembre de 2006, de la Comisión disciplinaria del Centro penitenciario de Almería, que le impuso una sanción de veinte días de privación de paseos y actos recreativos comunes tras considerarle autor de una falta grave prevista en el artículo 109 b), del Reglamento penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo).

Una vez efectuados los correspondientes nombramientos del turno de asistencia jurídica gratuita, la Procuradora formuló demanda de amparo el 8 de febrero de 2008, la cual aparece suscrita por la Letrada. Los antecedentes en los que se fundamenta la solicitud de amparo son los siguientes:

- a) El recurrente, interno en el Centro penitenciario reseñado, se concentró junto a otros doce internos más frente a la oficina del funcionario responsable de su vigilancia, portando una pancarta en reivindicación de intereses propios. Pese a que se les ordenó que cesaran en dicha actitud de protesta hizo caso omiso de la orden y continuó con la protesta durante diez minutos más.

- b) Como consecuencia de ello la Administración penitenciaria inició de oficio un expediente disciplinario, en el que se impuso al interno una sanción de veinte días de privación de paseos y actos recreativos comunes tras considerarle autor de una falta grave prevista en el art. 109 b), del Reglamento penitenciario, que prevé como conducta sancionable la de desobedecer las órdenes recibidas de los funcionarios.
- c) El Acuerdo sancionador fue recurrido en alzada y reforma ante el Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de vigilancia penitenciaria), que desestimó el recurso después de reducir la duración de la sanción disciplinaria e imponer otra de seis días de privación de paseos y actos recreativos comunes. En sus resoluciones el Juez consideró que la forma de protesta utilizada era contraria a las previsiones reglamentarias y ajena a los cauces legalmente previstos para elevar quejas a la dirección del Centro penitenciario, por lo que la orden de que cesaran en la misma debió haber sido obedecida, sin que los derechos fundamentales alegados en defensa de la legitimidad de su protesta puedan ser ejercitados por el recurrente al margen de las previsiones legales, no permitiendo así que la Administración pondere su repercusión sobre la actividad ordinaria del Centro (FJ 3 del Auto de 23 de marzo, y FJ 3 del Auto de 24 de octubre de 2007).

En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, citando como precedente la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1998, de 20 de abril. Y se considera que la conducta sancionada no es típica porque estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión.

Mediante providencia de fecha 10 de noviembre de 2008 la Sección acordó por unanimidad inadmitir el presente recurso de amparo, con arreglo a lo previsto en el artículo 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al apreciar que el recurrente no ha satisfecho la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), que es algo más y distinto a la mera afirmación (sobre cuya verosimilitud nada cabe decir) de que el propio derecho fundamental ha sido violado.

Notificada dicha resolución al recurrente y al Ministerio público, este último, mediante escrito registrado en este Tribunal el pasado 18 de diciembre de 2008, ha impugnado en súplica la citada resolución. Al fundamentar su recurso de súplica, el Fiscal entiende que podría considerarse que el recurrente sí ha satisfecho el requisito establecido en el artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conforme al cual “en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia del recurso”, pues en el encabezamiento de su segundo fundamento jurídico la demanda se refiere a la justificación de la especial trascendencia, y en su alegato alude expresamente a la existencia en la jurisprudencia constitucional de supuestos análogos al planteado en la demanda, argumentando sobre la existencia de la vulneración aducida. Considera que el demandante “dedicó un apartado a justificar lo que, a su juicio, era la especial trascendencia constitucional de su recurso, por lo que formalmente cumplió la exigencia derivada del artículo 49.1, in fine, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que fundamentó en la existencia de precedentes ya resueltos por el propio Tribunal Constitucional”. Finaliza señalando que dicha justificación podrá ser considerada insuficiente y que el recurso carece de especial trascendencia constitucional en los términos exigidos por el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que solicita “se deje sin efecto la providencia de inadmisión sin perjuicio de que el propio Tribunal Constitucional estime que procede su inadmisión pues el recurso no reviste efectivamente de una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión de fondo”.

La Secretaría de Justicia, mediante diligencia de ordenación de fecha 7 de enero de 2009, acordó dar traslado del mismo a la representación procesal del recurrente para que, en el plazo de tres días, formulare las alegaciones que tuviera por convenientes, sin que las haya presentado.

Como ya acordamos en nuestra providencia de 10 de noviembre de 2008, el nuevo examen por esta Sección de la admisibilidad de la demanda de amparo depara, a la luz de las alegaciones del Ministerio Fiscal, la inadmisión de la misma, tal y como había sido acordado.

En los Autos 118 y 289/2008, de 21 de julio y 22 de septiembre este Tribunal ha tenido ocasión de analizar y pronunciarse sobre la nueva exigencia de fondo que para su admisibilidad, ex art. 49.1, han de cumplir las solicitudes de amparo presentadas tras la entrada en vigor de la Ley

Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En dichas resoluciones se ha puesto de manifiesto que la reforma legal ha establecido un nuevo régimen jurídico de admisibilidad de los recursos de amparo, pues desde su entrada en vigor el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que sólo se acordará la admisión del recurso de amparo cuando concurren los siguientes requisitos: que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49; y que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En consonancia con esta nueva exigencia de fondo, el artículo 49.1 in fine de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece: “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Hemos añadido que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, pues esta última argumentación no es sino un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo, y no satisface, en sí misma, la carga procesal que analizamos.

En aplicación de tal doctrina hemos acordado la inadmisión de la solicitud de amparo por incumplimiento de la exigencia legal señalada cuando el recurrente se ha limitado a exponer los hechos en que fundamenta su pretensión y a exponer las razones por las que considera que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho (Auto del Tribunal Constitucional 188/2008, de 21 de julio, FJ 4), y también cuando, expuesta argumentalmente la supuesta vulneración del derecho fundamental alegado, no hay mención en el escrito de demanda al requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso interpuesto en cualquiera de los tres ámbitos señalados en la Ley: importancia de una Sentencia de fondo que pudiera dictarse por este Tribunal en el caso, para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución, a los que se refiere el artículo 50.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Auto del Tribunal Constitucional 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 4).

A idéntica conclusión hemos de llegar en el presente caso, lo que justifica la desestimación del recurso analizado, pues en la demanda de amparo, aunque se encabeza el segundo fundamento de derecho bajo el título “Derecho susceptible de recurso de amparo y justificación de la especial trascendencia constitucional”, su desarrollo se limita a identificar el derecho fundamental que se dice ha sido desconocido por los órganos judiciales y la Administración penitenciaria, para argumentar a continuación sobre la existencia de su supuesta vulneración.

A lo expuesto hemos de añadir (en línea con lo expuesto por el Ministerio Fiscal que, pese a la súplica, propugna la inadmisión de la demanda) que la lesión denunciada no aparece tampoco debidamente justificada, pues la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1998 que se cita en apoyo de la pretensión de amparo apreció incongruencia omisiva por falta de respuesta a una alegación referida a un derecho fundamental, y en este caso se aprecia en los Autos recurridos la existencia de contestación expresa a dichas alegaciones (FJ 3 del Auto de 23 de marzo, y FJ 3 del Auto de 24 de octubre de 2007). Y en cuanto a la cuestión de fondo planteada en el recurso (la supuesta legitimidad de la protesta, cuya cesación fue ordenada por el funcionario de prisiones, lo que provocó la desobediencia que ha sido sancionada) la misma ha sido abordada y resuelta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008, de 23 de junio (FJ 5), la cual, al abordar las limitaciones de ejercicio que los derechos de libertad de expresión y reunión pacífica tienen durante el cumplimiento de una condena privativa de libertad, ha señalado que, “estando previsto en el artículo 25.2 de la Constitución Española que los derechos fundamentales de los internos queden expresamente limitados por la condena, el sentido de la pena o la Ley penitenciaria, ya este Tribunal ha destacado que el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y de seguridad constitucionalmente legítimas (Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1996, de 8 de julio, FJ 2)”, como lo eran las que concurrían en este caso.

Todo lo cual nos lleva a ratificar la decisión de inadmisión que ha sido impugnada.

Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de fecha 10 de noviembre de 2008 por la que se inadmitió la demanda de amparo.



#### **44.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 05/01/09**

**Estima queja del interno por vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Entrevista por el psicólogo conjuntamente con otros internos.**

El interno, R.A.M., fue recibido en audiencia en el Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre en fecha 29-10-08 quejándose de que ha sido entrevistado por el psicólogo para clasificación inicial, sin intimidad alguna y conjuntamente con otros internos en fecha 25-09-08.

Se remitió la causa al Ministerio Fiscal que interesó la estimación de la queja, «habida cuenta que es evidente la no aceptación del penado del método utilizado para la entrevista a efectos de clasificación, no constando que se le informara de la posibilidad de no aceptar esa metodología a fin de poder rechazar la misma, debiendo ser prioritario facilitar esa información con carácter previo a la entrevista a fin de evitar quejas posteriores que no tienen ningún efecto práctico».

Ha de iniciarse la resolución de esta queja partiendo del contenido del artículo 25.2 de la Constitución española que establece «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. 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 todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Por tanto, los internos gozan de todos los derechos fundamentales, consagrados en los artículos 14 a 29 de la Constitución Española, excepción hecha de la libertad y de aquellos derechos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. Así pues, gozan del derecho a la intimidad personal contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, salvo aquellos supuestos de limitación legalmente consagrados.

En ese marco constitucional de respeto a la dignidad y a la intimidad personal del interno debe desarrollarse, por tanto, la actividad de los profesionales que componen el Equipo Técnico, que ha de evaluar los rasgos de su personalidad a fin de emitir el pertinente informe clasificatorio y así se recoge en la legislación penitenciaria.

Efectivamente, el artículo 60 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que:

- «1. Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior.
2. Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades».

El mandato legal está encaminado directamente a la búsqueda y tratamiento de los aspectos de la personalidad del penado que tengan relación directa, no sólo con el delito cometido, sino con las dificultades para su reinserción social. Esta tarea es obligatoria para la Administración Penitenciaria, debiendo poner los medios personales y materiales, tanto dentro de la prisión, como en el exterior, para los fines referidos. Este mandato está dirigido a los profesionales y órganos colegiados de la prisión: la Junta de Tratamiento y el Equipo Técnico.

Por su parte, el artículo 69.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a estos efectos establece que «Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados».

Las actividades de tratamiento quedan sujetas a los principios generales de la actividad penitenciaria:

- a) Administratividad, lo que implica que debe ser diseñado por órganos administrativos y ejecutado por éstos sin perjuicio de la colaboración de posibles instituciones,

- b) Conservación de los Derechos fundamentales, esto es, el tratamiento debe respetar la personalidad del reo y sus derechos no afectados por condena, sentido de la pena y Ley penitenciaria,
- c) Principio de instrumentalidad al servicio de la reeducación y la reinserción social, que constituye su finalidad básica,
- d) Principio de legalidad, debe ajustarse a las previsiones contempladas en las disposiciones legales,
- e) Principio de control judicial de su actividad, que implica que en su desarrollo el tratamiento se someta a la verificación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de su legalidad y del respeto de los derechos de los internos a través de los recursos, quejas, daciones de cuenta por la Administración de sus propios actos y eventuales intervenciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria de oficio.

En el supuesto de autos la queja del interno se fundamenta en el hecho de que, para su clasificación inicial, ha sido entrevistado por el psicólogo conjuntamente con otros internos, y sin intimidad alguna, en fecha 25-09-08.

Esta Juzgadora considera que la entrevista realizada para la clasificación inicial por el psicólogo al interno, R.A.M., conjuntamente con la realizada a otros internos en la Sala del Médico del módulo 6 el día 25-09-08 vulnera el derecho fundamental a la intimidad del interno, -no limitada legalmente-, por lo que dicha técnica debe ser sustituida por otra que respete ese derecho constitucional, sin que sea legítimo estimar que el interno tiene la posibilidad de rechazar la técnica empleada cuando, en primer lugar, no consta que hubiese sido informado de dicha posibilidad ni de la de solicitar una entrevista personal e individualizada y, en segundo lugar, ofrecer al interno la opción de rechazarla o no tampoco parece una opción válida puesto que nunca ha de perderse de vista que se trata de una persona privada de libertad y en esa situación puede creer carecer de esa posibilidad real de elección, al considerar que su rechazo pudiera ser malinterpretado y acarrearle consecuencias negativas para su vida penitenciaria.

Es por ello por lo que procede estimar la queja.

**45.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 25/03/09**

**Estima queja por retención de postales.**

El día 25 de marzo de 2009, se presentó en este juzgado escrito del Ministerio Fiscal interponiendo Recurso de Reforma contra el Auto de fecha 17 de marzo de 2009, que desestima la queja del interno arriba reseñado por retención de postales.

Que en el marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 de la Constitución Española, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo del título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.a; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 20 de enero, FJ 3). Desde tal perspectiva, pues, han de ser analizadas las vulneraciones que achaca el recurrente a las resoluciones administrativas.

La medida adoptada tiene su base legal concreta en el artículo 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a cuyo tenor “Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento”. Lo dispuesto en el citado precepto legal se reitera en su desarrollo reglamentario, contenido en el artículo 128.1 del Reglamento Penitenciario que añade que el interno podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contra la resolución del centro penitenciario que establezca limitaciones a dicho derecho. Además el artículo 128.2 del Reglamento Penitenciario precisa que no se autorizará en ningún caso la tenencia de publicaciones que carezcan de depósito legal o de pie de imprenta. (Con excepción de las editadas en el propio centro penitenciario), “así como las que atenten a la seguridad y buen orden del establecimiento”. En la medida en que la remisión del artículo 25.2 de la Constitución Española a la ley penitenciaria, cuya regulación atiende a las características, tan singulares, de la

propia relación especial de sujeción a que están sometidos los presos, impide hablar de reserva absoluta de jurisdicción en relación con medidas restrictivas de los derechos fundamentales como la aquí analizada, es evidente que el centro penitenciario responsable de la medida de retención de la revista podía adoptarla formalmente amparándose en el artículo 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, desarrollado por el artículo 128 del Reglamento Penitenciario

La retirada de una postal, en cuanto afecta a los derechos fundamentales de los reclusos, debe guiarse por el principio de proporcionalidad. En este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7, y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10), señalan que el prius lógico del principio de proporcionalidad radica en la finalidad de la medida controlada. Sólo a partir de la identificación y licitud constitucional de la misma es posible, en efecto, analizar si dicha medida restringe proporcionalmente o no el derecho fundamental afectado.

Pues bien, en el caso concreto que nos ocupa, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ni siquiera se ha molestado en aludir a la finalidad que se quiere conseguir con la medida de retención, limitándose a invocar el artículo que la hace posible y a señalar que “no se considera conveniente”, sin alusión siquiera a razones de seguridad y buen orden del establecimiento, que Tribunal Constitucional ha considerado aptas para justificar la medida, por más que no se encuentren recogidas en el artículo 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, si en el artículo 128 del Reglamento Penitenciario, atendiendo el régimen disciplinario a que están sometidos los presos, que se encuentra directamente conectado con la peculiaridad específica de la regulación constitucional y legal de la situación de sujeción especial que caracteriza su relación con la Administración penitenciaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.a; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre otras muchas), contempla la seguridad interna como uno de sus objetivos principales (artículo 41.1 de la propia Ley Orgánica General Penitenciaria). De otra parte, con notoria pereza argumental, se alude a la carencia de depósito legal o pje de imprenta, cuando es público y notorio que las pegatinas no lo llevan en la generalidad de los casos y no por ello afectan a la seguridad del establecimiento y que de gozar de protección registral, lo sería al amparo de la legislación reguladora de las marcas, con motivo de un diseño gráfico relevante y

merecedor de protección, pero no en cuanto al contenido intrínseco del mensaje que se transmite.

En consecuencia, procede admitir en parte el recurso de interno y ordenar a la administración que traduzca el contenido de la postal y se lo comunique al interno. A partir de ese momento, quedará la administración, en uso de sus competencias, en disposición de considerar si el contenido afecta a la seguridad y buen orden del establecimiento y podrá denegar su entrega, sin perjuicio del derecho que asistirá al interno a formular nueva queja..

Estimar el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de fecha 17 de marzo de 2009, en el sentido expuesto en el Razonamiento Jurídico de este auto.

#### **46.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN DE FECHA 31/03/09**

**Estima la queja. Deberá entregarse al interno copia de los informes psicológico y educativo, así como el programa individualizado de tratamiento.**

Que por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén se dictó auto de fecha 4-2-09, por el que se acordó desestimar la queja del interno M.H.H. del Centro Penitenciario de Jaén.

Solicitada por el interno a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 4.2. apartados j) y k) del Reglamento Penitenciario y en aras a garantizar su derecho de defensa, copia de los informes psicológicos y educativos que sirvieron para denegar los permisos de salida por él solicitados, así como propuesta de tratamiento individualizado sobre su situación penitenciaria, tal petición fue denegada por el Director del Centro Penitenciario y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria rechazó la queja y posterior reforma del auto en el que se adoptaba dicha decisión, argumentando en el primero, que el derecho a la información del interno que dichos preceptos consagran, no comprenden el acceso directo al protocolo de personalidad, ni a las deliberaciones de la

Junta, por ser las mismas reservadas por razones de seguridad y tratamiento. Dicha argumentación se complementó en el auto por el que se denegaba el recurso de reforma, añadiendo que tal documentación va dirigida a otros órganos de la Administración y el acceso a las opiniones relativas a la evolución del interno, puede modular interesadamente su comportamiento para adaptarse, siendo así que tal acceso le viene dado a través de la impugnación de los acuerdos denegatorios a través del recurso ante el Juzgado en el que constan los informes enviados por el Centro relativos a las variables sobre su situación penitenciaria y de tratamiento.

Frente a tales razonamientos, la representación del interno en el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, insiste en la argumentación esgrimida desde el inicio, de que tal decisión es contraria a los preceptos inicialmente citados y a la doctrina de las Audiencias Provinciales que los interpreta, manteniendo que la regla general es la del acceso de los internos a la información que la Administración Penitenciaria tiene sobre su situación procesal y penitenciaria, y la misma sólo puede ser denegada en los supuestos excepcionales de concurrencia de circunstancias acreditadas de la peligrosidad de aquel o que afecten a la seguridad de los Técnicos y cuando se pretenda tal acceso de forma abusiva y reiterada, ninguna de las cuales concurre en el supuesto de este expediente.

Centrado así el objeto de la alzada, es cierto que de las resoluciones citadas en el escrito del recurso y más concretamente el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 4-3-04, se deriva la doctrina que el apelante expone, viniendo a establecer la misma, que tales derechos de información y acceso a los archivos y registros públicos y a los expedientes relativos a una persona vienen a ser un reflejo de los que con carácter general se establecen en las leyes ordinarias para cualquier ciudadano, como en el art. 35 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo así que, como añade el auto de esa misma Audiencia Provincial de fecha 26-1-04, en supuestos como los que atañen a los internos, tal derecho se ve reforzado 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 otros derechos.

En el mismo sentido, como resalta el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 8-4-05, el derecho del interno a ser informado que establece el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del artículo 4 j) y k) y 18.2 del Reglamento Penitenciario, habrá de ser puesto en relación no sólo con el artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, antes citado sino también con el artículo 37.1 de dicha Ley, 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 la fecha de la solicitud» y en su punto 4 dispone que: «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 en consecuencia, 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.

Pero siendo efectivamente la regla general el acceso a la información, habrá de concurrir al menos alguno de los numerosos supuestos en los que la restricción a este derecho pueda encontrar justificación, atendiendo - como destaca el apelante- a las características de cada interno, los posibles motivos de seguridad concurrentes respecto de las personas que hayan emitido los solicitados y que se encuentran en el protocolo del interno, que aconsejen mantener el debido grado de confidencialidad para evitar riesgos innecesarios para sus autores y para favorecer el acercamiento terapéutico.

En el supuesto analizado, no concurren sin embargo tales razones de seguridad ni de otra índole como el tratarse de una petición abusiva o injustificada, y no estando prohibida por ley la facilitación de dichos informes, ni aconsejarlo tampoco razones de interés público, habiendo de



ser facilitados los mismos, pues las razones aducidas por el Centro, en cumplimiento de la exigencia de la legislación administrativa común antes citada, se restringen a que la información solicitada le fue dada en las notificaciones que le eran entregadas al recurrente, explicando de nuevo el porqué de la denegación de los permisos solicitados, aludiendo a continuación mediante cita de determinados autos de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a las razones genéricas del destinatario de los informes que obran en el expediente y de confidencialidad o posible Interferencia en la intervención terapéutica, pero tales razones genéricas, secundadas también por el Juzgado de Vigilancia, no pueden estimarse suficientes en aras a la restricción que se pretende imponer en este supuesto concreto, porque no se menciona ni una circunstancia referida a la personalidad concreta del interno solicitante o de seguridad o abuso, que la justifique atendiendo además a la excepcionalidad de la misma, sin que sean atendibles los argumentos de que el interno tenía acceso a la información solicitada por la notificación que de la denegación se le efectúa, ni por las conclusiones que de dichos informes se remiten al Juzgado caso de ser recurrida tal denegación, ni finalmente, porque tal acceso pueda modular la conducta del interno para adaptarse a las pautas que en los mismos se recogen, como se razona en la instancia, porque en definitiva en el tratamiento individualizado, es esa adaptación necesaria y a ese fin habrá de orientarse aquel a los efectos de conseguir la recuperación y rehabilitación del interno, que en todo caso siempre deberá ser informado de sus deficiencias de comportamiento para su corrección.

En definitiva, habiéndosele denegado dichos informes la primera vez que pretende acceder a ellos y sin una causa explicitada que lo justifique, no sólo se contravienen los preceptos citados sino que se puede claramente mermar su derecho de defensa, no de un derecho subjetivo, pues efectivamente el permiso de salida no lo es, si de su interés legítimo en disfrutarlo cuando concurren los requisitos y demás circunstancias a las que se ha de supeditar su concesión.

La Sala acuerda: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno M.H.H., contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén de fecha 4-2-09, procede la revocación del mismo dejándolo sin efecto y en su lugar se acuerda estimar la queja interpuesta contra la resolución o acuerdo del Director del Centro Penitenciario de fecha 3-12-08, y en su consecuencia debería

entregarse al mismo los informes psicológicos y educativos solicitados, así como la Propuesta Individualizada de tratamiento, sino lo hubiese sido ya.

#### **47.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NUMERO 3 DE FECHA 11/09/09**

**Derecho a ser informado sobre situación procesal y penitenciaria, no del protocolo.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno R.F.P.T. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez formulando queja sobre denegación de entrega de informes de personalidad.

Procede la desestimación de la queja teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria conforme al cual los internos sólo tienen derecho a ser informados de su situación procesal y penitenciaria, pero no del protocolo de personalidad, siendo criterio uniforme tanto de este Juzgado como de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Se desestima la queja del interno R.F.P.T. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

#### **48.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 17/07/09**

**Readmisión en modulo familiar al no considerar válidos los positivos obtenidos por la técnica del parche en la realización de las analíticas.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez formulando queja sobre los parches utilizados por el Centro Penitenciario para detección del consumo de tóxicos, que son analizados por una laboratorio privado, solicitando además volver al módulo familiar con su mujer e hijo del que fue excluido por supuestamente traficar con pastillas, y con posterioridad, una vez sobreseído el expediente disciplinario por tal motivo, por resultados positivos obtenidos mediante la técnica del parche, dada la escasa fiabilidad de los resultados obtenidos de los mismos.

Tramitada la oportuna queja, se solicitó informe al Centro que se unió a las actuaciones, y se recabó informe al Instituto Nacional de Toxicología de Madrid, quedando unido a las actuaciones una vez recibido..

El tema de las analíticas para la detección de tóxicos en los centros penitenciarios plantea varias cuestiones. En primer lugar, la oportunidad de la decisión de acordar su práctica, en concreto, si el Centro puede en cualquier momento, y sin, motivación alguna imponer su práctica. En segundo lugar, la elección de la técnica, si el Centro puede imponer a los internos una determinada técnica y la valoración del resultado obtenido a través de la misma, aunque afecte a su derecho de defensa por no permitir contraanálisis, o no ofrecer las garantías que jurisprudencialmente se exigen para que tengan validez, o se tarda en exceso en la obtención de resultados quedando afectado con ello el derecho a la libertad del interno pues se pospone el disfrute de beneficios al resultado de la analítica. Y, en tercer lugar, y, en concreto, si la técnica de detección de tóxicos en sudor, utilizada por el Centro, a través de parches, es la más adecuada e idónea, en definitiva si es fiable, y si con base en sus resultados pueden denegarse beneficios penitenciarios a los internos por ofrecer las garantías necesarias, y si como consecuencia de su falta de fiabilidad y garantías procede hacer desaparecer de los expedientes personales de los internos la referencia al resultado positivos de los mismos. En definitiva, si pueden

utilizarse para denegar beneficios o para fundamentar decisiones sobre tratamiento penitenciario o sobre régimen que afecten a los internos.

En cuanto al primero, siguiendo el mandato del artículo 103 de la Constitución aplicable a la Administración en general, y a la Administración Penitenciaria en particular, la actuación de la Administración está siempre sometida al Derecho y su actuación no puede ser arbitraria, pues en ámbitos como el penitenciario en el que tienen lugar las denominadas relaciones de sujeción especial, en las que una de las partes (la Administración) proyecta su poder sobre otra parte (interno), en una posición de subordinación respecto del primero, es donde se ha de ser extremadamente garantista. El Derecho debe penetrar hasta el último rincón de las prisiones, y se debe evitar en todo caso la “desviación de poder”, es decir, el ejercicio de una facultad con una finalidad no prevista por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no será legal que un educador o jurista someta a constantes analíticas a un interno porque le cae mal, porque quiere, en términos penitenciarios, “buscarle las vueltas”, o porque no estando de acuerdo con un permiso o una progresión de grado obtenida judicialmente intente encontrar excusas para la revocación del permiso o la regresión del grado, entre otras razones, porque la definición del tratamiento y de aquellas facetas en las que hay que incidir -drogodependencia, por ejemplo- corresponde a la Junta de Tratamiento, y no a los miembros que la integran por separado.

Por tal motivo, todas las decisiones que se tomen sobre tratamiento penitenciario, incluidas la práctica de analíticas, deben ser adoptadas por la Junta de Tratamiento, deben ser motivadas, para que posteriormente puedan ser controladas por el Juez de Vigilancia, que es la máxima autoridad penitenciaria en los Centros, y a quien corresponde, en exclusiva, conforme al artículo 117.3 de la Constitución la ejecución de las sentencias penales y conforme a lo dispuesto en los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el control de todos los aspectos de la actividad penitenciaria, ya sea referente al tratamiento o al régimen, en cuando puede afectar a derechos de los internos, refiriéndose el apartado 2 g del artículo 76 como cláusula genérica al control por el Juez de Vigilancia a través de las quejas del tratamiento y el régimen; y deben estar justificadas porque la drogodependencia tenga relación con la actividad delictiva del interno, porque así se desprenda del testimonio de sentencia, pues si no tiene relación con el delito, el consumo de drogas pasaría a ser un

problema personal del interno, sin trascendencia penitenciaria. No se pueden imponer criterios morales en el ejercicio de la actividad penitenciaria que está reglada por el Derecho. El consumo de drogas es legal fuera de la prisión, y dentro por definición no puede tener lugar, pues si ocurre es porque la Administración Penitenciaria no pone excesivo celo en una de sus misiones más importantes, que es la impedir la entrada en los Centros de sustancias prohibidas, fundamentalmente de drogas, y el fin resocializador de las penas consiste en conseguir sujetos que no infrinjan la ley penal, que actúen conforme a la ley, no sujetos moralmente buenos.

Puesto ya de manifiesto que la Administración Penitenciaria no puede imponer sin motivación la práctica de analíticas, y sin que la drogadicción tenga relación con la actividad delictiva del interno, y así deberá actuarse en el futuro por el Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, hay que analizar si la Administración Penitenciaria puede imponer la utilización de técnicas de detección de tóxicos aunque éstas no garanticen el más elemental derecho de defensa por no admitir contraanalítica o porque la técnica de análisis no es fiable, o porque el tiempo de espera hasta la obtención del resultado sea excesivamente dilatado en el tiempo ocasionando dilaciones excesivas en el disfrute de beneficios penitenciarios, afectando por ello al derecho a la libertad de los internos; y la respuesta a la pregunta es obvia, el hecho de que la actividad administrativa sea reglada y que esté sometida al Derecho le obliga a extremar las garantías de los internos, y por tanto, no puede afectar al derecho de defensa (al no admitir contraanálisis) ni al de la libertad de los internos con su actuación (porque el tiempo de obtención del resultado analítica sea excesivamente dilatado en el tiempo), en la medida en que el resultado obtenido afecte a decisiones de tratamiento o régimen que afecten a los internos, por lo que deberá elegir aquellas técnicas que no infrinjan o puedan infringir esos derechos, no teniendo por ello libertad para imponer la técnica de análisis a esos fines penitenciarios.

En relación con los requisitos mínimos que debe cumplir un análisis toxicológico de drogas de abuso para que sea científicamente válido, y tenga valor legal, según se publicó en el año 1989, en Actualidad Penal (Volumen 1-1989, pp. 496 y ss., un artículo de Lara-Tamayo, Tena, Sancho y Rabadán (Técnicos Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología los tres primeros, y Médicos Forense el último), requisitos acogidos jurisprudencialmente, son los siguientes:

“1) Que la toma de muestra se haga en el plazo de tiempo más breve posible tras el posible consumo de la droga.

2) Que la muestra tenga una garantía de origen y la cadena de custodia de la misma, sea respetada en su totalidad.

Es la garantía de que no se rompa la cadena de custodia de tal forma que no se produzca ningún tipo de contaminación de las muestras ni de error en su manipulación. En definitiva, una correcta “cadena de custodia” que garantice que la muestra recogida, enviada y analizada es la que debía ser. Esta cadena debe quedar reflejada, sin dudas y sin interrupciones.

3) Que el análisis toxicológico incluya la investigación de drogas y sus metabolitos, y sea realizado por personal cualificado con medios técnicos adecuados.

4) Que para emitir un resultado positivo se hayan utilizado al menos dos técnicas analíticas de fundamento físico-químico diferente.

5) Que al menos una de las técnicas empleadas sea capaz de diferenciar e identificar las drogas y los metabolitos.

En el mismo sentido se pronuncia el informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología que exige la confirmación de los positivos mediante dos técnicas diferentes.

En cuanto a si la técnica de detección de tóxicos por sudor mediante parches analizados, en la forma que lo hace, un laboratorio privado (General Lab), reúne las más mínimas garantías, a la vista de los informes obrantes en las actuaciones, en especial del detallado informe del Instituto Nacional de Toxicología de Madrid puede concluirse que es una prueba de escasa fiabilidad y, por tanto, que no reúne requisitos para tener valor legal, y ello por varios motivos:

- No admite contraanálisis al consumirse el parche en su análisis.

- En el análisis efectuado y cuyo resultado fue remitido por el laboratorio privado sólo se indica la utilización de una técnica para llegar al resultado positivo, la de enzima inmunoanálisis. (Como se señaló anteriormente, son necesarios dos diferentes para que tenga valor legal, y que al menos una de las técnicas sea capaz de diferenciar e

identificar las drogas y los metabolitos, es lo que se denomina identificación específica de la droga).

- No se garantiza adecuadamente la cadena de custodia pues no se detalla en el análisis el iter sufrido por el parche desde la recogida de la muestra hasta la obtención del resultado, por lo que no se asegura la identidad de la muestra.
- Se tardan de media entre dos meses, y dos meses y medio, en la obtención del resultado, afectándose con ello al derecho a la libertad de los internos.
- La piel sobre la que se aplica puede estar contaminada si el individuo al que se aplica el parche está en un ambiente de consumo de drogas, y no se limpia adecuadamente la zona donde se va a aplicar el mismo. Así se señala en el informe reiteradamente aludido que: “Existen estudios en los que se demuestra que una higiene normal no es suficiente para limpiar la piel de posibles restos de droga ... Dado que los individuos a los que se les aplica el parche son o han sido consumidores y se mueven en un ambiente de consumo de drogas, la probabilidad de tener la piel ya contaminada antes de la aplicación del parche debe ser tenida en cuenta”.
- Los consumos que se detectan pueden ir hasta un mes atrás por lo que podrían detectar el problema de drogodependencia, en el caso de que reuniera los demás requisitos antes aludidos, que no los reúne, pero no sirven para detectar consumos concretos, que es lo que interesa en el ámbito penitenciario, puesto que el problema de drogodependencia de los internos es fácil de detectar, en la mayor parte de las ocasiones figura en el testimonio de sentencia, pero para detectar, por ejemplo, si se ha consumido durante un permiso no sirven pues como señala el informe del Instituto Nacional de Toxicología “un resultado positivo en una muestra de sudor (parche) puede interpretarse como,1:consumo del individuo durante el tiempo que ha llevado el parche;2: consumo previo del individuo; 3: contaminación de la piel del individuo.4: Una mezcla de las anteriores”.
- Los parches pueden dar falsos positivos, así se señala: “Otra fuente de posibles falsos positivos la proporcionan los estudios que demuestran que si el parche es aplicado en un momento, a partir del cual ha cesado el consumo, pueden recogerse en el mismo, consumos pre-

vios: de hasta una semana para la mayoría de las drogas y de hasta 4 semanas para los derivados del cannabis; es decir, el parche estaría absorbiendo drogas consumidas antes de la aplicación de ese parche, generando así un falso positivo no porque no exista esa droga en el parche sino porque corresponde a consumos anteriores”. En definitiva, no permite determinar en qué momento se ha producido el consumo.

- Es posible la contaminación externa del parche en determinadas condiciones, lo que facilita también posibles falsos positivos.
- En cuanto a la detección de benzodiazepinas la mayor parte de los laboratorios privados, únicamente utilizan la técnica de enzaimmunoensayo por lo que no identifican la benzodiazepina concreta, por lo que carece igualmente, y por tal motivo, de validez legal ya que como señala el informe el resultado del análisis del parche no sería fiable.

Existiendo, por tanto, otras técnicas mucho más fiables (la estándar sería la de orina) y que cumplen los requisitos para su validez, carece de sentido que se utilicen los parches de detección de tóxicos en sudor, máxime cuando el análisis por un laboratorio privado supone un elevado coste económico para la administración, existiendo organismos públicos que ofrecen plenas garantías y que pueden hacer los análisis de orina, sangre o cabello, sin coste para la Administración, como el Instituto Nacional de Toxicología al que según el artículo 480 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le reconoce la condición de órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia y cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia; sus funciones son: emitir los informes y dictámenes que soliciten las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal, y practicar los análisis e investigaciones toxicológicas que sean ordenadas por los Médicos Forenses y las Autoridades Judiciales o Gubernativas, o del Ministerio Fiscal, y sus informes son emitidos de acuerdo a las reglas de investigación científica adecuadas.

Se plantea por el interno finalmente la vuelta con su mujer e hijos al módulo familiar del que fueron excluidos por sospechas de traficar con pastillas, que luego no se confirmaron, siendo sobreseídos los expedientes disciplinarios que se le incoaron, por lo que habiéndose basado la exclusión. en meras sospechas, en el mismo momento en que se sobreseyeron los expedientes disciplinarios debieron ser reintegrados a dicho



módulo, pues desapareció la fundamentación de la medida, siendo injustificada en tal momento la actuación del Centro; y posteriormente, se inician una serie de trámites para poder entrar de nuevo en el mismo, denegándose finalmente con base en el resultado positivo obtenido mediante la técnica del parche, que como se dijo anteriormente no es fiable ni reúne los requisitos necesarios para tener validez legal, por lo que el interno junto con su mujer e hijo deben ser readmitidos en el módulo familiar.

En conclusión, la técnica de detección de tóxicos en sudor mediante parche:

- 1.- No es válida legalmente, al no ofrecer las necesarias garantías de fiabilidad, por lo que el análisis mediante esta técnica no podrá ser utilizado con fines penitenciarios, no pudiendo fundamentarse ninguna decisión, tratamental o de régimen, de la Junta de Tratamiento o del Director del Centro (por ejemplo, para la suspensión de permisos) en la misma, no sólo respecto del interno quejoso, sino de todos los internos del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez, puesto que aunque esta resolución surja de la queja de un interno, tiene un alcance general, pues carecería de sentido jurídico que declarándose la falta de validez de la técnica se impidiera la aplicación de la misma sólo a un interno, y la administración siguiera utilizándola para el resto de internos del Centro adscrito a este Juzgado.
- 2.- Los resultados ya obtenidos por medio de la misma no podrán servir de base para denegar beneficios penitenciarios (denegación de permisos, suspensión de permisos, regresiones de grado, etc.), o para fundamentar decisiones regimentales que puedan perjudicar al interno;
- 3.- Deberá el interno junto con su mujer e hijo ser readmitido en el módulo familiar al basarse la negativa del Centro a su inclusión del interno quejoso en los resultados positivos obtenidos mediante la técnica del parche, que no reúne requisitos de validez legal.

Al tener un alcance general esta resolución se le deberá además de notificar al interno quejoso dar la suficiente publicidad a todos los internos del Centro para general conocimiento de los mismos mediante, inser-

ción del mismo en los tabloneros de anuncios de todos los módulos, para cuyo objeto se remitirán copias suficientes por este Juzgado.

Se estima la queja del interno del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

Requírase al Director del Centro a fin de dar la suficiente publicidad de esta resolución a todos los internos del Centro, para general conocimiento de la población reclusa de ese Centro, mediante inserción de la misma en los tabloneros de anuncios de todos los módulos, para cuyo objeto se remitirán copias suficientes por este Juzgado.

# **CAPÍTULO 6**

## ***EXTRANJEROS***



## **EXPULSIÓN**

### **49.- SENTENCIA 142/2009 DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 15/12/09**

**Caso contra España. Sustitución de la pena por expulsión. Aplicación automática de la nueva redacción del artículo 89 sin escuchar al demandante. Violación existente.**

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 16012/06) presentada contra el Reino de España por la cual un ciudadano de Georgia, («el demandante»), apelaba al Tribunal el 19 de abril de 2006 al amparo del artículo 34 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales («El Convenio»).

El demandante se queja de una violación de los artículos 6, 13, y 7 del Convenio debido a que no se celebró una audiencia pública en apelación, que le hubiera permitido oponerse a su expulsión, y a la aplicación en su caso de una Ley penal menos favorable.

#### **Hechos**

##### **Circunstancias del asunto**

El demandante nació en 1975 y residía, en el momento de los hechos, en Barcelona.

### **Procedimiento penal**

El 18 de septiembre de 2002, el demandante fue arrestado por la policía de Barcelona. Al día siguiente, fue mantenido en régimen de prisión preventiva por una decisión del juez de instrucción núm. 24 de Barcelona.

En una sentencia de 7 de octubre de 2002, emitida tras la celebración de una audiencia pública, el juez de la Sala de lo Penal núm. 20 de Barcelona condenó al demandante a una pena de dieciocho meses de cárcel por una tentativa de robo realizada en septiembre de 2002 en un casa habitada. Ese mismo día, el demandante fue puesto en libertad provisional.

En una sentencia fechada el 31 de enero de 2003, la Audiencia Provincial de Barcelona ratificó la sentencia contra la que se había presentado una apelación.

El demandante presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo que fue rechazado por carecer de contenido constitucional en una decisión fechada el 21 de junio de 2004.

### **Procedimiento de ejecución**

El 8 de julio de 2003, la Dirección general de policía solicitó al juez del tribunal de lo penal núm. 21 de Barcelona, juez responsable del procedimiento de ejecución de la sentencia condenatoria emitida contra el demandante, «la autorización para proceder a la expulsión del demandante fuera del territorio nacional en virtud de [el proceso de ejecución en causa]». A dicha demanda se adjuntaba una decisión fechada el 5 de diciembre de 2002 y emitida por la subdelegación del gobierno central en Barcelona, que decretaba la expulsión administrativa del demandante, ciudadano georgiano que residía ilegalmente en España, en virtud de la Ley orgánica de 22 de diciembre de 2000 que recoge los derechos y libertades de los extranjeros en España.

A la luz de esta demanda, el juez de la sala de lo penal núm. 21 citó al abogado del demandante y al fiscal a comparecer ante él el 11 de julio de 2003 para escuchar al condenado con el fin de estudiar una posible conmutación de la pena de prisión por una medida de expulsión en virtud del artículo 89 del Código Penal.

El 11 de julio, durante la comparecencia, el fiscal solicitó «la sustitución de la pena de privación de libertad» impuesta al demandante en el marco de un proceso penal incoado en su contra «por la expulsión fuera del territorio nacional con la condición de que el interesado no regresase en el plazo de cuatro años», de acuerdo con los términos de la decisión de la subdelegación del gobierno remitida por la dirección general de la policía. El demandante, asistido por su abogado, se opuso a la expulsión. En una decisión emitida ese mismo día, el juez de lo penal decidió no proceder a la expulsión, considerando más adecuado proceder a ejecutar la pena impuesta por la sentencia del 7 de octubre de 2002. Tuvo en cuenta el hecho de que el recurso de amparo presentado por el demandante se hallaba pendiente en ese momento, así como el atestado de empadronamiento aportado por el demandante como prueba de que residía en Barcelona.

El Ministerio Fiscal presentó contra esta decisión un recurso de reforma, en el cual precisaba lo que sigue:

«El presente asunto cumple todas las condiciones exigidas por el artículo 89 del Código Penal para proceder a la conmutación de la pena de privación de libertad impuesta [al demandante] por la expulsión. De ningún modo puede aceptarse que, por el hecho de encontrarse pendiente un recurso de amparo en contra de la sentencia condenatoria, no pueda tener lugar la expulsión. Tampoco puede aceptarse la inscripción posterior del condenado en el registro de Barcelona. Se cumplen todas las condiciones de la conmutación en pos de la ejecución de la decisión administrativa [de expulsión] del 5 de diciembre de 2002, notificado a la persona del condenado, según la cual su expulsión se haría efectiva con motivo de la infracción de la Ley relativa a los derechos y libertades de los extranjeros. La circunstancia de estar imputado en un procedimiento todavía pendiente o, como en el presente asunto, de haber sido ya condenado por haber cometido un delito, no debería tener por efecto el beneficio de un ciudadano extranjero que cumple uno de los criterios que justifican su expulsión. Sería realmente paradójico que, en ausencia de haber cometido un delito, no hubiera obstáculo alguno que impidiera la expulsión [del demandante], debido a que en ese caso la autoridad administrativa no hubiera tenido que solicitar la autorización a la autoridad judicial para ejecutar dicha decisión de expulsión».

En una decisión fechada el 19 de septiembre de 2003 del juzgado de lo penal núm. 21, el recurso fue rechazado. El juez precisó en su decisión que la conmutación de la pena impuesta por una medida de expulsión, competía al juez de la ejecución, que podía tomar en consideración diversos criterios no fijados por la Ley, tales como la peligrosidad del sujeto o su vínculo en España. Subrayó que el artículo 89 del Código Penal indicaba que «las penas [podían] ser conmutadas por la expulsión», de acuerdo con el criterio de discrecionalidad del juez. Hizo referencia a la discusión doctrinal existente con respecto a la naturaleza de la expulsión como sustitutiva de la pena de privación de libertad (esta expulsión puede ser considerada bien como una medida de seguridad, bien como una pena de conmutación, bien como una medida mixta entre pena y medida de seguridad). El juez confirmó en su decisión «el rechazo a emitir la autorización solicitada por el ministerio del Interior [para proceder a la expulsión], el rechazo a la conmutación de la pena y la subsiguiente ejecución ordinaria de dicha pena».

El ministerio fiscal presentó una apelación. En una decisión fechada el 6 de abril de 2004, la Audiencia Provincial de Barcelona admitió el recurso y ordenó la expulsión del demandante fuera del territorio español y la prohibición de regreso durante un período de diez años. La Audiencia Provincial consideró, que en virtud de la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal (en vigor desde el 1 de octubre de 2003), una pena de prisión inferior a 6 años impuesta a un extranjero que residía ilegalmente en España debía obligatoriamente, salvo excepciones, ser conmutada por la expulsión del interesado. Precisó que esta nueva redacción de la disposición penal era aplicable en el presente asunto puesto que constituía la legislación en vigor en el momento de la decisión en apelación. Consideró igualmente que la prueba censal proporcionada por el demandante no impedía su expulsión, la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal no tenía en cuenta las circunstancias personales y el demandante había además declarado que era un ocupa. La Audiencia añadió que la modificación del Código Penal que tuvo lugar en 2003 al respecto, tenía como objetivo dar una mayor eficacia a las medidas de expulsión, que eran en todo estado de causa, aplicables por la vía administrativa en la medida en la que se trataba de personas que residían ilegalmente en España que hubieran cometido una infracción. Esta modificación tenía también como objetivo evitar que la pena y su cumplimiento se tradujeran en un medio para continuar en España.



Invocando los artículos 24 (derecho a un procedimiento equitativo) y 25 (presunción de inocencia) de la Constitución, el demandante presentó un nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En una decisión notificada el 25 de octubre de 2005, la alta jurisdicción rechazó el recurso por considerarlo desprovisto de contenido constitucional. El Tribunal consideró que la Audiencia Nacional no había aplicado de forma retroactiva una Ley penal desfavorable y observó que había fundado su decisión en motivos relativos a las circunstancias personales del demandante en España, que eran válidas también a la luz de la versión antigua de la disposición penal objeto de litigio. Además, el Tribunal Constitucional consideró que la jurisprudencia constitucional relativa a la celebración de una audiencia pública en segunda instancia no era aplicable al presente asunto, debido a que el objetivo del procedimiento en causa no era el establecimiento de la culpabilidad o inocencia del demandante, sino las condiciones de la ejecución de la pena de prisión que le había sido impuesta. Además la alta instancia hizo notar que la interpretación de la disposición penal había sido razonada y que no podía ser considerada como poco razonada o arbitraria.

### **Legislacion interna aplicable**

La Constitución en los artículos aplicables al presente asunto, dispone:

Artículo 24.

1 Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

(...)

Artículo 25.

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

(...)

El artículo 89 del Código Penal (de acuerdo con la redacción de la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 que comportó la modificación del Código Penal) dispone:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio nacional. (...) El extranjero deberá ser escuchado.

(...)

2. El extranjero no podrá regresar a España durante un período de tres a diez años a contar a partir de la fecha de su expulsión, en función de la duración de la pena impuesta. Si regresa antes del plazo establecido, deberá cumplir las penas que se le hubieran conmutado”.

El artículo 89 del Código Penal (de acuerdo con la redacción de la Ley orgánica 11/2003 de 29 de septiembre 2003, que recoge medidas concretas relativas a la seguridad, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros), que entró en vigor el 1 de octubre de 2003, dispone:

- “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero que reside ilegalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio nacional, 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.

(...)

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena impuesta.

(...)”.

## **Fundamentos de derecho**

### **Sobre la violación de los artículos 6 y 7 del convenio**

El demandante se queja de que no se celebró una audiencia pública en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que le hubiera permitido ser escuchado en persona para oponerse a su expulsión. Considera además que en el momento en el que se cometió la infracción, la legislación penal en vigor era más favorable que la aplicada a continuación por la jurisdicción en apelación en el marco de la ejecución de la pena. Se queja además de la aplicación retroactiva del artículo 89 del Código Penal. Invoca los artículos 6 y 7 del Convenio que dicen:

#### Artículo 6

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

(...)

#### Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

(...)

## **Admisibilidad**

El Gobierno hace valer que el demandante fue objeto, en diciembre de 2002, de una medida administrativa de expulsión. En su opinión, la expulsión fue dictada por la autoridad administrativa en aplicación del artículo 53 a) de la Ley orgánica que ampara los derechos y libertades de los extranjeros en España, y no por el juez. No se trataría por tanto de una

«conmutación» de una pena, sino de una autorización judicial para proceder a una expulsión.

El demandante considera que el artículo 6 del Convenio es aplicable en este asunto en la medida en que el fiscal solicitó la conmutación de la pena de prisión por su expulsión fuera del territorio nacional, «penas» que están, ambas, previstas en el Código Penal.

El Tribunal recuerda que el artículo 6 del Convenio no es en principio aplicable a asuntos relativos a cuestiones que versan sobre la ejecución de penas [Grava c. Italia (dec.), núm. 43522/98, 5 diciembre de 2002, Montcornet de Caumont c. Francia (dec.), núm. 59290/00, TEDH 2003-VII, y Sannino c. Italia (dec.), núm. 30961/03, 24 de febrero 2005]. Por el contrario, el artículo 6.1 cubre, en su aspecto penal, el conjunto del procedimiento en causa, incluidas las vías de recurso y la determinación de la pena (Eckle c. Alemania, 15 de julio 1982, aps. 76-77, Serie A núm. 51, T. c. Reino Unido [GS], núm. 24724/94, ap. 108, 16 de diciembre de 1999, Philips c. Reino Unido, núm. 41087/98, aps. 32 y 39, TEDH 2001-VII, y Saccoccia c. Austria (dec.), núm. 69917/01, 5 de julio 2007). El Tribunal debe examinar, por una parte, si la medida de expulsión en litigio constituye una pena cuya aplicación se realizaría en lugar de la pena impuesta, y por tanto entraría en el ámbito de la aplicación del artículo 7 del Convenio (ver a contrario, Maaouia c. Francia [GS], núm. 39652/98, ap. 39, TEDH 2000-X, en el que la expulsión del territorio constituía una medida complementaria, y no sustitutiva, como en el presente asunto, de la pena de privación de libertad) y, por otra parte, si el procedimiento de ejecución de la sentencia condenatoria dictada contra el demandante equivalía a la determinación de una pena, lo cual se enmarcaría dentro del ámbito del artículo 6.1.

En el presente asunto, el Tribunal hace notar que el juzgado de lo penal núm. 1 de Barcelona, encargado de la ejecución de la sentencia condenatoria emitida por el juzgado de lo penal núm. 20, no recibió en principio requerimiento alguno para fijar una pena por la infracción cometida por el demandante, sino simplemente fue requerido para que aplicase las normas internas para el cumplimiento de dicha pena. Teniendo en cuenta en cualquier caso la aplicación del artículo 89 del Código Penal en el presente asunto, y en especial la modificación introducida por la Ley orgánica núm. 11/2003 de 29 de septiembre de 2003, que obliga al juez de la ejecución a ordenar la expulsión del extranjero condenado a una pena infe-

rior a seis años de prisión en sustitución de esta última, sin tener en cuenta -salvo en casos excepcionales- las circunstancias personales de la persona condenada, el Tribunal considera que esta cuestión está estrechamente vinculada a la esencia de las quejas expresadas por el demandante en el ámbito de los artículos 6 y 7 del Convenio, los cuales, a su vez están íntimamente vinculados entre ellos y decide unirlas al examen de fondo. Señala que las quejas no carecen manifiestamente de fundamento de acuerdo con el artículo 35.3 del Convenio y que no se encuentra en ellas ningún otro motivo que justifique su rechazo. Por tanto conviene declararlas admisibles.

### **Sobre el fondo ante el artículo 7 del Convenio**

El demandante alega que en el momento de la comisión de la infracción, la legislación penal en vigor era más favorable que la que le fue posteriormente aplicada por la Audiencia Provincial en el marco de la ejecución de la pena, es decir, de la expulsión del territorio español y la prohibición de regresar durante un período de diez años tal como lo establece el artículo 89 del Código Penal. Señala que la Ley núm. 11/2003 que llevó a cabo la modificación del artículo 89 del Código Penal no estaba en vigor en el momento de la comisión de la infracción por la que fue condenado. En su opinión la citada disposición fue por tanto aplicada de forma retroactiva.

El Gobierno rebate esta postura. Hace referencia a la decisión del Tribunal Constitucional emitida en este asunto y considera que la instancia en apelación no ha aplicado de forma retroactiva una Ley penal desfavorable, la expulsión decretada no constituye en su opinión, una condena, sino una medida administrativa no rebatida por el demandante.

### **Principios generales**

El Tribunal recuerda en primer lugar que la garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, tal como lo atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación ni siquiera en tiempos de guerra o de cualquier otro peligro público. Del mismo modo aquello que emana de su objeto y objetivo, debemos inter-

pretarlo y aplicarlo de manera que se asegure una protección efectiva de las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias (S.W. c. El Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, ap. 35, Serie A núm. 335-B).

El Tribunal recuerda además que de acuerdo con su jurisprudencia, el artículo 7 del Convenio no se ciñe a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en perjuicio del acusado: consagra además, de manera más general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas ( *nullum crimen, nulla poena sine lege* ) (Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo 1993, ap. 52, Serie A núm. 260-A) y, por tanto, el principio que compele a no aplicar la Ley penal de forma extensiva en perjuicio del acusado, por ejemplo por analogía (Coëme y otros c. Bélgica, núms. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, ap. 145, TEDH 2000-VII, y Kafkaris c. Chipre [GS] núm. 21906/04, ap. 138, TEDH 2008-...). De ello se desprende que tanto la infracción como el castigo que ésta conlleva, deben estar claramente definidos por la Ley. Esta condición encuentra su cumplimiento en el momento en el que un sujeto susceptible de someterse a la justicia puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y si fuese necesario con ayuda de su interpretación por parte de los tribunales, qué actos y omisiones conllevan su responsabilidad penal y qué pena le será dictada por el acto cometido y/o por la omisión en cuestión (Cantoni c. Francia, 15 noviembre 1996, ap. 29, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-V y la ya mencionada Kafkaris, ap. 140).

La tarea que incumbe al Tribunal es por tanto asegurar que en el momento en el que un acusado comete un crimen que da lugar a unos procedimientos y a una condena, existía una disposición legal que hacía punible el acto y que la pena impuesta no ha excedido los límites fijados por esta disposición (Murphy c. El Reino Unido, núm. 4681/70, decisión de la Comisión de los días 3 y 4 de octubre 1972, Repertorio de decisiones 43; la ya mencionada Coëme y otros, ap. 145).

Por lo que respecta a la noción de «pena» en el sentido del artículo 7, posee, como todos los «derechos y obligaciones de carácter civil» y de «acusación en material penal» mencionados en el artículo 6.1 del Convenio, un alcance autónomo. Para hacer efectiva la protección que ofrece el artículo 7, el Tribunal debe sentirse libre de ir más allá de las apariencias y apreciar por sí mismo si una medida en concreto se analiza a fondo en una «condena» en el sentido de esta cláusula (Welch c. Reino Unido, 9 de febrero de 1995, ap. 27, Serie A núm. 307-A, y Jamil c.

Francia, 8 de junio 1995, ap. 30, Serie A núm. 317-B). La formulación del artículo 7.1, segunda frase, indica que el punto de partida de toda apreciación de la existencia de una «pena» consiste en determinar si la medida en cuestión ha sido impuesta acompañando a una condena por un delito penal. Pueden ser juzgados otros elementos pertinentes al respecto: la naturaleza y el fin de la medida en litigio, su cualificación en el derecho interno, los procesos asociados a su adopción y ejecución, así como su gravedad (las ya mencionadas Welch, ap. 28 y Jamil, ap. 31). Con este fin, la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una «pena» y una medida relativa a la «ejecución» o «aplicación» de la «pena». En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de una medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la “pena” en el sentido del artículo 7 (véase, entre otras Hosein c. Reino Unido, núm. 262, Decisión de la Comisión de 28 de febrero de 1996, y la ya mencionada Grava, ap. 51). Por tanto la distinción entre las dos puede que no esté siempre clara en la práctica.

### **Aplicación de estos principios en el presente asunto**

En el presente asunto, el Tribunal subraya inicialmente que el reconocimiento de la culpabilidad del demandante y la pena de prisión a la que fue condenado, tenían como base legal el derecho penal aplicable en el momento de los hechos y que la pena de prisión correspondía a la pena prevista en las disposiciones pertinentes del Código Penal. En cuanto a la disposición penal en vigor relativa a la ejecución de la pena impuesta, el Tribunal observa que el artículo 89 del Código Penal preveía efectivamente la posibilidad de que el juez de lo penal responsable de la ejecución de la sentencia condenatoria, en el presente asunto el juez del tribunal núm. 21, reemplazase la pena de dieciocho meses de prisión por la pena de expulsión del demandante fuera del territorio nacional impidiendo su regreso durante un plazo de tres a diez años en función del castigo impuesto. El juez de ejecución tenía por tanto la posibilidad, que ha utilizado, de decidir, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, bien no expulsar al demandante, bien expulsarlo en función de la gravedad de su condena. Disponía por tanto del margen de apreciación necesario para decidir caso por caso lo que le pareciera más justo.

Es cierto, tal como subraya el Gobierno, que la Dirección General de la policía solicitó al juzgado de lo penal núm. 21 la autorización para proceder a la expulsión del demandante, un ciudadano georgiano que residía de forma ilegal en España, fuera del territorio nacional, una expulsión que había sido decretada por la subdelegación del Gobierno Central en Barcelona, el 5 de diciembre de 2002. El Tribunal observa sin embargo que tal solicitud ante el juzgado estaba vinculada al procedimiento de ejecución de la condena en causa. Con motivo de la comparecencia prevista por el artículo 89 del Código Penal, el juzgado núm. 21 decidió no autorizar la expulsión del demandante, considerando más adecuado proceder a la ejecución de la pena impuesta por la sentencia de 7 de octubre 2002, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la declaración de censo presentada por el interesado. En su decisión de 19 de septiembre de 2003, emitida ante un recurso del Ministerio Fiscal, el juzgado núm. 21 subrayó entre otras cosas que, de acuerdo con el artículo 89 del Código Penal, las penas podían ser reemplazadas por la expulsión según el criterio discrecional del juez; hizo referencia al respecto a la discusión doctrinal relativa a la naturaleza de la expulsión como elementos sustitutivo de la pena de privación de libertad.

El Tribunal subraya sin embargo que la expulsión del demandante y la prohibición de volver a entrar en territorio español durante un período de diez años fue autorizada por una decisión de 6 de abril de 2004, emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona, en aplicación de una nueva redacción del artículo 89 del Código Penal, en vigor a partir del 1 de octubre de 2003. De acuerdo con la nueva versión, una pena de prisión inferior a seis años, impuesta a un extranjero residente ilegalmente en España debía ser reemplazada por la expulsión del condenado, salvo en casos excepcionales. El Tribunal observa que por la orientación de esta modificación legislativa, la expulsión se había convertido en regla y la discrecionalidad del juez no entraba ya entre los factores a tener en cuenta, salvo en circunstancias excepcionales que el demandante no podía ya hacer valer durante una comparecencia ante el tribunal.

Al Tribunal por tanto se le solicita que se pronuncie acerca de lo que dicha «pena» de prisión impuesta al demandante en 2002, implicaba en derecho interno durante el período en estudio. Debe preguntarse en particular si el texto de la Ley, combinado con la jurisprudencia interpretativa del que iba acompañado, cumplía los requisitos de accesibilidad y de pre-



visibilidad. Al hacerlo, el Tribunal deberá también tener en cuenta el derecho interno en su conjunto y el modo en el que se aplicaba en dicha época.

Ciertamente, cuando el demandante, un extranjero residente de forma ilegal en España, hubo cometido la infracción, en septiembre de 2002, el Código Penal preveía claramente la posibilidad de reemplazar una pena de prisión inferior a seis años por la expulsión fuera del territorio. La pena de prisión podía por tanto equivaler a la expulsión, según la estimación del juez de la ejecución.

El 1 de octubre de 2003 entró en vigor el nuevo artículo 89 del Código Penal, según la redacción de la Ley orgánica núm. 11/2003 de 29 de septiembre 2003. Después, el 6 de abril de 2004, cuando se hubo decidido a expulsar al demandante, e impedirle la entrada al territorio durante diez años, la Audiencia provincial de Barcelona aplicó el nuevo texto legal, que hacía de la expulsión del condenado una medida cuasi automática en la medida en la que el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario en España se convertía en algo excepcional que no entraba en cuestión salvo que la naturaleza de la infracción lo justificase y tras haber escuchado tan sólo al Ministerio Fiscal.

El Tribunal toma nota del argumento del Gobierno según el cual el demandante había sido objeto, en diciembre de 2002, es decir, tras la sentencia condenatoria emitida por el juzgado de lo penal núm. 20, de una medida de expulsión decretada por la autoridad administrativa y no por el juez. El Tribunal subraya en cualquier caso que incluso el ministerio fiscal insistió ante las instancias internas sobre el carácter sustitutivo de la pena que conllevaba la expulsión el litigio. Considera que se trata por tanto de dos cosas diferentes, y que este asunto en particular, tan sólo versa sobre la cuestión de la sustitución de la pena en virtud del artículo 89 del Código Penal en vigor en 2003.

El Tribunal subraya que el nuevo artículo 89 del Código Penal indicaba que la sustitución de la pena por la expulsión debía figurar en la sentencia, algo que no fue tenido en consideración por la audiencia provincial de Barcelona, responsable en apelación de la ejecución de la sentencia condenatoria emitida en octubre de 2002, una sentencia condenatoria que no preveía ninguna sustitución de dicha naturaleza. El texto del artículo 89 del Código Penal, en su redacción aplicable en 2002, establecía la posibilidad -pero no la obligación- de que el juez aplicase dicha sustitución.

Además, aun cuando el Ministerio Fiscal no había solicitado la expulsión del demandante y la prohibición de reingresar en el territorio durante un plazo de tan sólo cuatro años, la audiencia provincial decidió aplicar una prohibición de reingreso en el territorio por una duración de diez años, tal como se fijaba en el nuevo texto legal previsto en su redacción de acuerdo con la Ley orgánica núm. 11/2003.

Teniendo en cuenta lo que antecede, el Tribunal no puede sino concluir que la sustitución de la pena de prisión de dieciocho meses impuesta al demandante, por su expulsión y prohibición de volver al territorio durante diez años, sin haber sido escuchado y sin que se tuvieran en cuenta otras circunstancias distintas de la aplicación cuasi automática de la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal en vigor a partir del 1 de octubre de 2003, debe analizarse como si ésta fuera una pena similar a la fijada en el momento de la condena del interesado (véase, a contrario, *Guizani c. Francia*, núm. 15393/89, decisión de la comisión de 9 de marzo de 1990).

En opinión del demandante, no se podría, teniendo en cuenta las disposiciones materiales del Código Penal, sostener que en el momento en el que se cometió la infracción, estuviera prevista la sustitución de una pena de prisión por una expulsión y la prohibición de reingresar en el territorio durante un período de diez años. El interesado alega que por tanto se le ha impuesto de forma retroactiva una pena más severa.

El Tribunal subraya al respecto que el juez de la ejecución (del juzgado de lo penal núm. 21) rehusó autorizar la expulsión del demandante en sustitución de la pena de cárcel que le había sido impuesta, un rechazo que fue confirmado el día 19 de septiembre de 2003, en aplicación del artículo 89 del Código Penal en vigor en el momento de los hechos. Cuando el Ministerio Fiscal presentó una apelación, el 6 de abril de 2004, la audiencia provincial decidió sin embargo autorizar la expulsión del demandante en virtud de la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal.

El Tribunal debe constatar al respecto que el nuevo artículo 89 de Código Penal (párrafo 19 *supra*) priva al juez de la ejecución de la posibilidad de elegir entre bien autorizar, a la vista de las circunstancias del asunto, la expulsión del extranjero condenado, bien de mantener su pena de cárcel impuesta en la sentencia condenatoria. Observa que la nueva disposición impide igualmente que el demandante comparezca ante el

juez en las mismas condiciones que el ministerio fiscal, para oponerse eventualmente a la expulsión. Subraya finalmente que la disposición en litigio impone, en su versión de 2003, la expulsión de la persona condenada y la imposibilidad de retornar durante un período de diez años, una pena mucho más severa que la prevista en la antigua versión de la misma disposición del Código Penal, que preveía la expulsión y la exclusión territorial entre tres y diez años, de acuerdo con el criterio del juez.

Visto lo que antecede, el Tribunal considera que se ha producido la violación del artículo 7 del Convenio en la medida en la que al demandante se le ha impuesto una pena más severa que aquella en la que incurría por la infracción de la cual ha sido considerado culpable.

### **Sobre el fondo de la queja ante el artículo 6.1 del convenio**

#### **Argumentos de las partes**

En la medida en la que se trata de una decisión judicial adoptada por la Audiencia provincial de Barcelona en el marco de la ejecución de una sentencia condenatoria, que ha confirmado otra decisión judicial emitida con anterioridad en el marco del mismo procedimiento, el tribunal considera que debería haber tenido lugar una audiencia pública, y sin embargo no fue así.

De acuerdo con la opinión del Gobierno, no ha tenido lugar la sustitución de una pena por una medida de expulsión, ya que la expulsión había sido ya ordenada con anterioridad por la autoridad administrativa. Además, el demandante no habría rebatido de ninguna forma dicha medida de expulsión, ni presentó ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa ningún recurso en contra de la orden de expulsión dictada en su contra. El Gobierno considera paradójico que la expulsión no hubiera sido autorizada por el juez, dado que el condenado hubiera sido expulsado de no haber sido condenado por la vía penal.

#### **Opinión del Tribunal**

El Tribunal ya ha concluido, que la sustitución de la pena impuesta al demandante por una expulsión y la prohibición de regresar al territorio durante diez años constituía un delito en el ámbito del artículo 7 del

Convenio. Recuerda además que en caso de condena no se ha «pronunciado» sobre «la correcta fundamentación de una acusación en materia penal, según establece el artículo 6.1 del Convenio, por cuanto la pena aún no se ha determinado de forma definitiva» (véase la ya citada, Ecker, app. 77).

Estos elementos bastan al Tribunal para concluir acerca de la aplicabilidad del artículo 6.1 del Convenio en el presente asunto.

El Tribunal considera de todas formas, que teniendo en cuenta los motivos que le han llevado a concluir la existencia de una violación del artículo 7 del Convenio, no ha lugar examinar de forma separada la presente reclamación.

### **Sobre la violación del artículo 13 del convenio**

El demandante se queja de una violación de su derecho a un proceso equitativo y alega que se le impuso una pena de expulsión sin haber sido escuchado al respecto. Invoca el artículo 13 del Convenio que dice lo siguiente:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

El Tribunal considera que esta queja debe declararse admisible. Ahora bien, teniendo en cuenta la conclusión a la que ha llegado desde el punto de vista del artículo 6.1 del Convenio, opina que no se plantea ninguna cuestión distinta en el ámbito del artículo 13.

### **Aplicación del artículo 41 del convenio**

El artículo 41 del Convenio establece:

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación,

el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

### **Daños**

El demandante reclama la cantidad de 50.000 euros (EUR) en concepto de daño moral.

El Gobierno considera que el perjuicio moral alegado es excesivo y que no ha sido acreditado.

El Tribunal considera que el demandante ha padecido un daño moral que no se ve suficientemente compensado por el mero hallazgo de la violación al Convenio. Por ello, regulando en equidad, el Tribunal concede al demandante la cantidad de 5.000 EUR en concepto de daño moral.

### **Costas y gastos**

El demandante reclamó además la cantidad de 6.000 EUR por las costas y gastos, sin presentar documentos acreditativos que respalden su solicitud.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, un demandante tan sólo puede obtener el reembolso de sus costas y gastos en la medida en la que se justifique su carácter real, necesario y razonable en cuanto a su cuantía. Teniendo en cuenta la ausencia de documentos justificativos y los criterios mencionados más arriba, el Tribunal rechaza la solicitud del demandante.

### **Intereses de demora**

El Tribunal considera adecuado que los intereses de demora se basen en la tasa marginal de interés del Banco central Europeo, a la que se le añadirán tres puntos porcentuales.

Por estas razones, el Tribunal

- 1.- Unen, por unanimidad, el examen del fondo de las cuestiones relativas a la aplicabilidad de los artículos 6.1 y 7 del Convenio;
- 2.- Declara, por unanimidad, admisible la demanda;

- 3.- Dice, por unanimidad, que se ha producido la violación del artículo 7 del Convenio;
- 4.- Dice, por unanimidad, que no ha lugar examinar a fondo la queja ante el artículo 6.1 del Convenio;
- 5.- Dice, por unanimidad, que no se plantea ninguna cuestión diferente desde la perspectiva del artículo 13 del Convenio;
- 6.- Dice, por cuatro voces contra tres,
  - a) que el Estado demandado deberá pagar, dentro de los tres meses siguientes a que la presente sentencia devenga firme según el artículo 44.2 del Convenio, la cantidad de 5.000 EUR (cinco mil euros) en concepto de daño moral, junto con cualquier impuesto imputable a dicha cantidad.
  - b) que a partir de la expiración del mencionado plazo de tres meses y hasta su abono, a dicha cantidad se le aplicará una tasa de interés simple igual a la tasa marginal de interés del Banco Central Europeo, a la que se le añadirán tres puntos porcentuales;
- 7.- Rechaza por unanimidad el resto de las reclamaciones del demandante en concepto de justa satisfacción.

A la presente sentencia se adjuntan, de acuerdo con los artículos 45.2 del Convenio y 74.2 del Reglamento, la exposición de las siguientes opiniones separadas:

- Opinión en parte disidente del juez Zupancic;
- Opinión en parte concordante y en parte disidente del juez Myjer, a la cual se suma la juez Fura en su parte disidente.

### **Opinión en Parte Disidente del Juez Zupancic**

Lamento no poder suscribir las conclusiones de la mayoría en la parte relativa a los puntos 6.a y 6.b de las disposiciones de la sentencia. Mi opinión es divergente con respecto a la propiedad de conceder una reparación en concepto de daño moral, en concreto una suma de 5.000 euros, en una situación en la cual la única reparación adecuada hubiera sido la reapertura del proceso.

Una violación del artículo 7, es decir, del principio de legalidad, es un asunto serio.

En el derecho penal continental, en la protección contra la arbitrariedad de una condena, es esencial la aplicación estricta de dicho principio. No es casualidad que la totalidad del derecho penal material enmarcado en el Convenio Europeo de los derechos del Hombre, se encuentre amparado por el primer párrafo de su artículo 7, el cual en realidad no hace más que reenviarnos al principio de legalidad. El célebre teórico alemán Franz von Liszt diseñó el principio de legalidad como la Magna Carta Libertatum del defensor en una actuación penal. En los derechos continentales, la protección contra la arbitrariedad en un proceso penal deriva en gran medida de la aplicación escrupulosa, lógica, coherente y concisa del principio de legalidad.

Está claro que en el presente asunto la mayoría ha llegado con razón a la conclusión de la violación de este principio. Por tanto suscribo totalmente los párrafos 28 a 42 de la sentencia. No me adhiero tampoco al razonamiento a partir del párrafo 55, en el que la mayoría recurre a la fórmula habitual según la cual el demandante ha padecido un sentimiento de frustración debido a la falta de respeto de sus derechos que le garantiza el artículo 7 del Convenio. Sin precisar más, la mayoría concede a continuación 5.000 euros en concepto del daño moral que se deriva de una angustia cuando menos abstracta, por no decir imaginaria, provocada por la violación. Por otro lado, in abstracto, dudo que una violación del principio de legalidad pueda engendrar por sí misma y en sí misma, sentimientos de angustia y frustración, ni siquiera en el profesor de derecho penal material más comprometido doctrinalmente.

Parto de un principio que expuse hace ya varios años en el asunto Luca c. Italia, según el cual no existe absolutamente ningún vínculo entre estos sentimientos ficticios de angustia y frustración por una parte, y la violación del principio de legalidad por otra. Es cierto que este tipo de fórmula mágica según la cual la abstracción que constituye la «violación de los derechos garantizados por el artículo 7 del Convenio» provoca en el demandante sentimientos de angustia, ha sido utilizada por el antiguo Tribunal durante muchos años, pero su carácter absurdo ha sido ampliamente denunciada en nuestra propia jurisprudencia, por ejemplo en los asuntos Scorzzari y Giunta contra Italia y Luca contra Italia. La interpretación simplista del artículo 41, es decir, la concesión de daños-intereses

como compensación por sentimientos de angustia y de frustración ha demostrado estar obsoleta; el Tribunal ha reconocido que la *restitutio in integrum* forma parte integrante del artículo 41 y puede aplicarse de forma adecuada en los asuntos que así lo requieran.

Además, el Tribunal comenzó hace ya varios años, a utilizar la “fórmula Gençel”, con la que invita a Turquía a prever la reapertura de procesos en litigio. Turquía ha terminado por cumplirlo, de forma que la utilización de la fórmula ya no es útil. Lo importante es subrayar que el Tribunal ha recurrido a la fórmula Gençel, mucho antes de que Turquía previera de forma efectiva, como en muchos otros Estados, la posibilidad de reabrir un procedimiento. En otros términos, el hecho de que España no procure esta posibilidad, reclama a fortiori la misma aproximación que la adoptada en el pasado con respecto a Turquía.

Las cosas como son, el derecho y la reparación deberían ser interdependientes. De hecho, en un plano estrictamente jurídico, ¿qué es un derecho sino la pareja de una reparación, que el ordenamiento jurídico puede ofrecer por completo bajo la forma de un restablecimiento del *statu quo* ante, siempre y cuando ello fuera posible en un asunto en concreto? Dado que el Tribunal ha dejado hace ya bastante tiempo de ofrecer reparaciones inapropiadas en asuntos en los que el Estado demandado ha sido hallado culpable de injusticias procesales o materiales, el debate doctrinal relativo a la interdependencia del derecho y de la reparación no tiene ya razón de ser.

Sin embargo, del mismo modo que en el asunto Luca contra Italia, es absurdo ofrecer 5.000 euros por una violación de un principio de legalidad al amparo del artículo 7 por un lado y permitir que perduren los efectos de la violación por otra.

El buen remedio -aun cuando España sea uno de los raros Estados contratantes que todavía no ofrece la posibilidad de reabrir un procedimiento penal basándose en la constatación de una violación por parte del Tribunal- consistiría al menos en incitar, en su defecto a obligar, a España a introducir este recurso de sensatez. Suiza, por ejemplo, ha sido uno de los primeros Estados contratantes en ofrecer este tipo de recurso contra decisiones judiciales y administrativas salvo irrevocables, en prácticamente todos los ámbitos.



En una situación similar, la cuestión que se plantea entonces es saber en qué medida el Estado demandado se considera obligado a obrar en consecuencia y seguir el consejo del Tribunal. Ha habido algunos asuntos de la Gran Sala relativos a Suiza, en los cuales el demandante no se sentía satisfecho -con relación al procedimiento de reapertura en Suiza-, con la forma en la que las jurisdicciones helvéticas habían comprendido, interpretado y seguido íntegramente la sentencia emitida por el Tribunal. Son, manifiestamente, cuestiones nuevas y reales, que abordan el problema más general del carácter constrictivo de las sentencias del Tribunal en los ordenamientos jurídicos nacionales. Estas interesantes cuestiones jamás se habrían planteado sin el cambio que produjo en la jurisprudencia, con frecuencia ignorada, la sentencia Scozzari y Giunta contra Italia.

Con respecto a lo que antecede, considero que es totalmente posible que el demandante del presente asunto haya padecido realmente una forma de daño moral, aun cuando en el párrafo 55 de la sentencia la mayoría no sea demasiado asertiva a la hora de establecer el vínculo de causalidad entre la violación y el daño moral alegado. Por lo que a mí respecta, yo no hago más que señalar que no podemos establecer la existencia de un perjuicio moral imaginario en este tipo de asuntos. La verdadera reparación no puede adoptar otra forma que la reevaluación procesal de la falta lógica que haya llevado a la violación del artículo 25 de la Constitución por un lado y del artículo 7.1 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre por otra.

### **Opinión Parcialmente Concordante y Pacialmente Disidente del Juez Myjer, A la Que Se Une en Su Vertiente Disidente la Juez Fura (Traducción)**

1. Concluyo como la mayoría, que en el presente asunto se ha producido la violación del artículo 7 del Convenio.

Aun cuando el razonamiento que lleva a dicha conclusión se haya expuesto de forma rigurosa y detallada, me gustaría formular algunas apreciaciones complementarias con el mismo objetivo de distinguir este asunto español de otros asuntos de expulsiones que suceden a condenas penales.

El Tribunal ha examinado recientemente asuntos en los cuales a un condenado que no tenía la nacionalidad del Estado demandado, y que resi-

de o no en el territorio de dicho Estado, se le notifica, al término de su condena, una orden de expulsión.

Estos asuntos nos llevan a cuestiones tales como la aplicabilidad del artículo 6.1 en procesos de expulsión de extranjeros (Maaouia contra Francia [GS], sentencia de 5 de octubre 2000), la relación entre una orden de expulsión y el artículo 8 (asunto Ünner contra Países Bajos [GS], sentencia de 18 de octubre de 2006), o el punto de saber si una orden de expulsión emitida después de una condena constituye una doble condena en el ámbito del artículo 4 del Protocolo número 7 (en estos dos asuntos se han producido opiniones disidentes). En otros asuntos, aquello que está en litigio nos remite a averiguar si la ejecución de una orden de expulsión puede dar lugar a un riesgo real para la vida del demandante, y con ello a una violación del artículo 3 (Saadi contra Italia [GS], sentencia de 28 de febrero de 2008).

En su sentencia en el asunto Maaouia contra Francia, el Tribunal se expresó como sigue (par. 39):

(...) El Tribunal considera además que la medida de impedir la entrada en el territorio francés no se asienta en la legitimidad de una acusación en materia penal. A este respecto, constata que la calificación de dicha medida en el orden jurídico interno se presta a interpretaciones divergentes. A fin de cuentas, la calificación de una sanción en el orden jurídico interno no debería ser, por sí misma, decisiva para concluir su carácter penal. En efecto, conviene tener en cuenta otros elementos, y en especial la naturaleza de la pena a la que se expone el infractor (Tyler contra Reino Unido, demanda núm. 21283/93, decisión de la Comisión de 5 de abril 1994, RD 77). Además, en este punto, el Tribunal constata que la prohibición de regresar al territorio no reviste en general un carácter penal en los Estados miembros del Consejo de Europa. Esta medida que, en la mayor parte de los Estados puede también ser adoptada por la autoridad administrativa, constituye, por su propia naturaleza, una medida de prevención específica en materia policial ante los extranjeros y no descansa sobre la legitimidad de una acusación penal dirigida contra el demandante, en el sentido del artículo 6.1. El hecho de que haya sido dictada en el marco de un proceso penal no debería modificar su carácter esencialmente preventivo. De ello se desprende que el procedimiento en el que se dicte dicha medida no debería además partir del ámbito de lo penal (véase,

mutatis mutandis, Renna contra Francia, demanda núm. 32809/96, decisión de la Comisión de 26 de febrero de 1997, no publicada).

En su sentencia del asunto Ünner contra Países Bajos, el Tribunal ha formulado las siguientes consideraciones en el párrafo 54:

«El Tribunal confirma de entrada que, tras un principio de derecho internacional bien establecido, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de los compromisos que les deriven de tratados, a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio (véase, entre muchas otras, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, sentencia de 28 de mayo 1985, ap. 67, Serie A núm. 94, Boujlifa contra Francia, sentencia de 21 de octubre 1997, ap. 42, Repertorio de sentencias y decisiones 1997-VI). El Convenio no garantiza el derecho a un extranjero de entrar o residir en un país en concreto, y en tanto que asumen su misión de mantener el orden público, los Estados contratantes tienen la facultad de expulsar a un extranjero delincuente. En cualquier caso, sus decisiones en la materia, en la medida en las que entran en el ámbito de un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8, deben demostrar ser necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcionadas con respecto al fin legítimo que persiguen (Dalia contra Francia, sentencia de 19 de febrero 1998, ap. 52, Repertorio 1998-I, Mehemi contra Francia, sentencia de 26 de septiembre 1997, ap. 34, Repertorio 1997-VI, la ya mencionada Boulitif contra Suiza, ap. 46, y Slivenko contra Letonia [GS], núm. 48321/99, ap. 113, TEDH 2003-X).»

Finalmente, en la sentencia Saadi contra Italia (ap. 125), el Tribunal ha considerado que:

«Sin embargo, la expulsión por parte de un Estado contratante puede plantear un problema con respecto al artículo 3 y vincular la responsabilidad del Estado en causa con dicho título del convenio, cuando existen motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le expulsa a su país de destino, correrá un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3. En este caso, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar a la persona en cuestión a ese país (Soering contra Reino Unido, sentencia de 7 de julio 1989 aps. 90/91, Serie A núm. 161, las ya mencionadas Vilvarajah y otros, ap. 103, y Ahmed, ap. 39, H.L.R. contra Francia, sentencia de 29 de abril 1997, ap. 34, Repertorio 1997-III, Jabari

contra Turquía, núm. 40035/98, ap. 38, TEDH 2000-VIII, y Salah Sheekh contra Países Bajos, núm. 1948/04, ap. 135, 11 enero 2007)».

El Tribunal ha admitido por tanto en su jurisprudencia que, incluso al término de una condena de cárcel, puede imponerse y ejecutarse una orden de expulsión, siempre que los efectos de ésta no sean contrarios a los artículos 8 ó 3 del Convenio.

El razonamiento en este asunto no choca con la jurisprudencia existente.

En el sistema español, una orden de expulsión puede ser emitida en sustitución de una pena de cárcel (párrafos 19-20 de la sentencia). En este caso, parece que la persona condenada es simplemente reenviada a su país de origen sin tener que cumplir su pena. Tan sólo si regresa a España antes del plazo fijado por la orden, deberá purgar el resto de su condena.

Por otra parte que yo sepa, en el sistema español no se puede emitir una orden de expulsión como pena complementaria.

De las observaciones del gobierno español se deduce que es también posible que una orden de expulsión sea impuesta por las autoridades españolas de conformidad con el artículo 53 a) de la Ley orgánica relativa a los derechos y libertades de los extranjeros en España. Por tanto, suscribo plenamente el razonamiento expuesto en el párrafo 38 de la sentencia según el cual lo que se hallaba en juego en este asunto no era una medida administrativa de retorno, sino una orden de expulsión que reemplazaba a la pena de prisión.

Aun cuando dicha orden de expulsión se haya concebido tan sólo como solución que reemplaza a una pena de cárcel -no ha sido diseñada como una pena en sí misma-, puedo también admitir que en cuanto a lo que respecta al artículo 7, puede ser vista como una pena. Suscribo por tanto la conclusión según la cual, en las circunstancias particulares del presente asunto, se le ha aplicado una pena más pesada que aquella a la que él se enfrentaba.

2. El hecho de que yo haya votado a favor de la constatación de una violación, no significa que esté de acuerdo con la concesión de una suma de 5,000 euros en concepto de reparación al demandante. Bien al contrario.

Teniendo en cuenta los hechos particulares del asunto, no veo razón alguna para conceder tal reparación. Examinemos los hechos: el deman-

dante, un ciudadano georgiano, residía ilegalmente en España. Fue considerado culpable de una grave infracción y condenado a dieciocho meses de cárcel. No fue privado de su libertad salvo entre las fechas de su arresto (18 de septiembre 2002) y la fecha en la que se dictó su condena (7 de octubre de 2002), es decir, diecinueve días en total. No ha debido cumplir su condena de dieciocho meses sino que, en su lugar, se le impuso una orden de expulsión fuera del territorio durante diez años. El Convenio no garantiza el derecho a que un extranjero entre o pase una temporada en un país concreto y, en el marco de su función de sostenimiento del orden público, todo Estado contratante -como España- tiene la potestad de expulsar a un extranjero condenado por infracciones penales. Como residente ilegal en España, el demandante también hubiera podido ser objeto de una orden administrativa de expulsión. Vistas las circunstancias del asunto, considero que la constatación de la violación hubiera constituido una reparación más que suficiente.

## **RESIDENCIA**

### **50.- SENTENCIA 55/2009 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA - LEON (BURGOS) DE FECHA 05/02/09**

**Deniega autorización de residencia permanente por falta de arraigo familiar y antecedentes penales.**

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Soria, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 22 de junio de 2007, dictada por la Delegación del Gobierno, por la que se desestima el recurso de

alzada interpuesto contra la Resolución de 14 de mayo de 2007 de la Subdelegación del Gobierno en Soria, por la que se deniega la autorización de residencia permanente solicitada.

### **Antecedentes de hecho**

Que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Soria en el Procedimiento Abreviado número 195/07, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

“Desestimar la causa de inadmisibilidad opuesta por la representación de la Administración demandada.

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la parte recurrente, frente a las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia, que se confirman por ser ajustadas a Derecho y desestimando las demás pretensiones del suplido de la demanda”.

Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Sala, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2009.

En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado las prescripciones legales.

### **Fundamentos de derecho**

Primero: Por la parte recurrente se apeló la sentencia porque entiende que es contraria al ordenamiento jurídico en base a las siguientes alegaciones:

- 1.- Se solicitó la residencia permanente, por reunir los requisitos para ello, el pasado 14 de marzo de 2007. Ésta fue denegada por tener antecedentes penales, al haber sido condenado en septiembre de 2005 por un delito de malos tratos en el ámbito familiar a la pena de cuatro meses de prisión y en enero del presente por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a una pena de multa.

- 2.- Procede indicar que el apelante se encuentra casado y tiene tres hijos menores de edad, respecto de los cuales está pendiente de que puedan ser reagrupados.
- 3.- Ha quedado acreditado que lleva trabajando más de cinco años, con contrato indefinido. Por tanto, es clara la adaptación a la sociedad española y el arraigo laboral y social.
- 4.- La Ley de Extranjería en su artículo 31.4 establece que “se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”. El aquí apelante reúne las circunstancias necesarias.

Segundo: Aun cuando en la sentencia se indica que no se ha cumplido la obligación de residencia por cinco años por parte del aquí apelante, lo cierto es que las resoluciones no se basan en ningún momento en dicha circunstancia, sino en los antecedentes penales, por lo que estas resoluciones vienen a admitir que realmente se acredita la residencia por un plazo de cinco años.

Tercero: Entrando a resolver sobre realmente los puntos fundamentales de esta apelación, procede partir de que la resolución administrativa deniega el permiso de residencia permanente por un motivo: antecedentes penales.

El motivo alegado para denegar esta autorización de residencia permanente reside en la existencia de antecedentes penales. Esta cuestión de la existencia de antecedentes penales ya ha sido tratada por esta Sala en situaciones parecidas en que se ha solicitado la residencia permanente; así a título de ejemplo, la sentencia, dictada en el Rollo de Apelación número 77/07, de fecha 13 de julio de 2007, en la que se recoge:

”Por otro lado, los demás motivos esgrimidos por la parte apelante tanto frente a la sentencia de instancia como frente a la resoluciones administrativas recurridas se limitan a denunciar la errónea valoración a su juicio que se hace tanto de la prueba practicada como de la aplicación del artículo 73 del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, sobre todo porque considera que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto en los artículos 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 ni el artículo 54.9 del

citado Reglamento que permite valorar en orden a la concesión o denegación de dicha autorización de residencia permanente solicitada el hecho de que la condena penal haya sido suspendida, y porque tampoco se ha tenido en cuenta por la sentencia de instancia y sendas resoluciones administrativas las demás circunstancias que concurren en el solicitante pese a que sendos preceptos permite tenerlas en cuenta. Así las cosas, se hace necesario recordar lo que al respecto dispone la normativa aplicable. Señala el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y 14/2003 que “tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada...”

En los mismos términos dispone el artículo 72.1 del Real Decreto 2393/2004, precisando en orden al procedimiento de tramitación de esta solicitud el artículo 73.3 siguiente que:

“Recibida la solicitud, o subsanada ésta, el órgano competente recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales, así como aquellos informes que estime pertinentes para la tramitación y resolución del procedimiento”.

En orden a cómo debe valorarse los antecedentes penales, el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 señala para los casos de residencia temporal lo siguiente:

“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”.

En término similares dispone el artículo 54.9 del Reglamento de Extranjería para los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando señala lo siguiente:

“Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en



esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”.

Por el contrario el artículo 53.1.a) del mismo Real Decreto señala que se denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los siguiente supuestos:

“cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español”, precisando también el artículo 53.1.i) que también se denegará dicha autorización “cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable”.

De todo lo dicho resulta que cuando nos encontramos ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo la tenencia de antecedentes penales determina que se deniega la misma, mientras que en el caso de encontramos ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo dicha normativa permite en el caso de existir antecedentes penales valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto, como exige el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 y el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004.

Y en el caso de autos como quiera que la autorización de residencia permanente en realidad implica una renovación del permiso de residencia temporal que con anterioridad se ha concedido de forma renovada, es por lo que la Sala concluye que en el presente caso se trata de valorar si pese a la concurrencia de mencionado antecedente penal y el informe desfavorable de la policía las circunstancias que concurren en el presente supuesto habilitan para conceder la autorización de residencia solicitada. La Sala, en contra del criterio acogido por la sentencia de instancia y por las resoluciones administrativas recurridas, considera que en el presente caso se dan esas circunstancias que pese al citado antecedente penal, aconsejan conceder la autorización de residencia permanente solicitada. Y ello es así, porque pese a ser cierto el citado antecedente penal, por un delito de maltrato familiar a las penas de tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, privación del

derecho a la tenencia o porte de armas por un año, y a la medida de seguridad de prohibición de aproximarse a su esposa a menos de 200 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el período de dos años, sin perjuicio del derecho de visitas que hubiera podido establecerse a favor de los hijos menores del matrimonio, también son ciertas y concurren las siguientes circunstancias en la persona del solicitante:

Primero, que dicha condena (y no se ha demostrado lo contrario) lo fue por unos hechos aislados y no de naturaleza grave, hechos que además determinaron la imposición por un delito del artículo 153 del Código Penal de 1.995 de la pena de prisión en su extensión mínima de 3 meses;

Segundo, que la pena de prisión impuesta es inferior al año, que es el límite inferior de la pena privativa de libertad que determina y constituye causa de expulsión según el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 reformadas por la Ley Orgánica 8/2000 y 14/2003 ;

Tercero, que no consta que haya habido reincidencia en dichos hechos, sin que las otras dos diligencias previas incoadas al solicitante por un presunto delito de abandono de familia y por maltrato familiar a que se refiere el informe policial obrante en el expediente administrativo puedan ser tenidas en cuenta, según reiterada Jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Supremo como dato negativo porque ello vulneraría la presunción de inocencia dado que se desconoce si por dichos hechos y en referidos procedimientos ha recaído pronunciamientos condenatorios firmes;

Cuarto, que, tras haber abonado la indemnización fijada en sentencia, mediante auto de fecha 16.11.2006 le ha sido concedida al solicitante la suspensión (antes remisión condicional) de la pena privativa de libertad por el tiempo de dos años, dato este que no pudo ser tenido en cuenta por la autoridad administrativa por ser posterior a las resoluciones administrativas impugnadas, pero que no impide que pueda ser tenido en cuenta por la autoridad judicial una vez que se ha acreditado su concurrencia en el presente recurso;

Quinto, que el solicitante lleva residiendo en España al tiempo de la solicitud más de cinco años como lo corrobora la concatenación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de los que ha sido beneficiario;

Sexto, porque en la actualidad no solo tiene un contrato de trabajo y se encuentra trabajando, sino porque además desde el mes de marzo de 2001

ha venido trabajando regularmente y con continuidad encontrándose dado de alta en la seguridad Social;

Séptimo, porque pese a encontrarse en la actualidad separado, al menos de hecho, de su esposa con la que ha tenido cinco hijos, mediante sentencia de fecha 5.9.2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos en el procedimiento de alimentos núm. 907/2004 tiene a su cargo la obligación de prestar alimentos tanto a su esposa por el importe mensual de 160,00 € como a cada uno de sus cuatro hijos menores de edad por el importe a cada uno de 120,00 €, todos los cuales se encuentran residiendo en Burgos en piso alquilado por el apelante; y

Octavo, porque la denegación de dicha autorización de residencia dificultaría o incluso impediría al solicitante poder trabajar legalmente en España y por ello cumplir tales obligaciones económicas, amen de que también impediría que el solicitante pudiera cumplir respecto de sus hijos menores los demás derechos - deberes de visita y compañía que como padre le corresponde y que no consta que hayan sido privados, limitados o suspendidos por resolución alguna.

Todos estos datos que, concurren en el presente supuesto y en la situación y persona del apelante, llevan a la Sala, pese a la existencia del citado antecedente penal, a concluir que en la valoración a realizar en aplicación del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 y el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004 sobre la legítima posibilidad de poder solicitar en tales circunstancias la autorización de residencia permanente, debe concluirse que en tales circunstancias asiste al apelante el derecho a la autorización de residencia permanente solicitada. Y ello es así porque pese al demérito que implica dicha condena penal, tal demérito se considera contrarrestado de forma bastante por el resto de circunstancias descritas y que a juicio de la Sala le hacen acreedor de la concesión de la autorización de residencia permanente por él solicitada en el expediente administrativo incorporado a los autos. Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia para en su lugar dictar otra por la que estimándose el recurso contencioso-administrativo interpuesto se anulan por no ser conformes a derecho sendas resoluciones recurridas, reconociéndose el derecho al apelante a que se le conceda la autorización de residencia permanente solicitada”.

Criterio igualmente mantenido en Rollo de Apelación número 132/2007, en sentencia de fecha 7 de septiembre 2007 : “Por el contrario el artículo 53.1.a) del mismo Real Decreto señala que se denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los siguiente supuestos: “cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delito existente en el ordenamiento español,”, precisando también el artículo 53.1.i ) que también se denegará dicha autorización “cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable”.

De todo lo dicho resulta que cuando nos encontramos ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo la tenencia de antecedentes penales determina que se deniega la misma, mientras que en el caso de encontrarnos ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo dicha normativa permite en el caso de existir antecedentes penales valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto, como exige el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 y el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004.

Y en el caso de autos como quiera que nos encontramos ante una renovación del permiso de residencia temporal que con anterioridad se ha concedido de forma previa, es por lo que la Sala concluye que en el presente caso se trata de valorar si pese a la concurrencia de mencionado antecedente penal, las circunstancias que concurren en el presente supuesto habilitan para conceder la autorización solicitada. Y la Sala, en contra del criterio acogido por la sentencia de instancia y por las resoluciones administrativas recurridas, considera que en el presente caso se dan esas circunstancias que pese al citado antecedente, aconsejan conceder la renovación del permiso de trabajo y residencia solicitados.

Y ello es así, porque pese a ser cierto el citado antecedente penal, por los hechos, las penas y las consecuencias ya descritas, y por todos admitidas, también son ciertas y concurren las siguientes circunstancias, que dicha condena (y no se ha demostrado lo contrario) lo fue por unos hechos aislados y no de naturaleza grave, y que no consta que haya habido reincidencia en dichos hechos, se han cumplido con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta, documento nº 3 de la demanda, todos estos datos que, concurren en el presente supuesto y en la situación y persona del apelante, llevan a la Sala, pese a la existencia del citado antecedente penal, a concluir que en la valoración a realizar en aplicación

del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 y el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004 sobre la legítima posibilidad de poder solicitar en tales circunstancias la renovación del permiso de trabajo y residencia, debe concluirse que en tales circunstancias asiste al apelante el derecho a la renovación solicitada. Y ello es así porque pese al demérito que implica dicha condena penal, tal demérito se considera contrarrestado de forma bastante por el resto de circunstancias descritas y que a juicio de la Sala le hacen acreedor de la concesión de los permisos por él solicitados en el expediente administrativo incorporado a los autos.

La existencia de un hijo menor implica la exigencia y obligación del recurrente en el cuidado y atención personal y familiar de aquel, en el supuesto de autos la denegación del permiso de trabajo y residencia solicitados y consiguiente situación de ilegalidad del recurrente, con la posible expulsión del territorio nacional, si afectaría gravemente a las relaciones paterno filiales, ya que el recurrente es la persona que tiene atribuida la custodia y por tanto el cuidado y manutención del hijo, documento nº 2 de la demanda, por lo que la asistencia económica se vería igualmente dificultada o interrumpida, lo que podría ocasionar a aquél y a éste perjuicios graves de difícil reparación e incidiría en el deber de prestar asistencia de toda índole a los hijos, incluso podría afectar a la custodia que ha sido atribuida al padre”.

Ahora bien, en el expediente administrativo no se acreditan verdaderamente circunstancias que lleven a la consideración de la aplicación del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, pues únicamente consta la circunstancia de tener, al momento de las solicitudes, un contrato de trabajo indefinido. Pero frente a esta circunstancia, se aprecia que el recurrente no mantiene en España ningún otro tipo de arraigo; así, no mantiene en España a ningún familiar, ni a la mujer, ni a los hijos. Y por el contrario, consta la condena por dos delitos diferentes; el primero cometido el día 21 de septiembre de 2005 y el segundo el día 1 de mayo de 2006. Estas circunstancias denotan la poca aceptación del aquí apelante de las normas de convivencia españolas. Estas circunstancias del poco arraigo (no hay arraigo familiar en España) y la condena por dos delitos determinan que no proceda concederse esta residencia permanente solicitada, pues las circunstancias concretas a tener en cuenta impiden la aplicación de valorar en forma positiva la solicitud de autorización de residencia permanente, y ello a pesar de que haya podido satisfacer las responsabilidades civiles

derivadas de la condena penal (responsabilidad civil que en una de las condenas -sentencia de 22 de enero de 2007- fue satisfecha por la compañía aseguradora, sin que se acredite que el aquí apelante haya reintegrado a la aseguradora dicho importe o que la aseguradora no tuviese derecho a este reintegro).

Respecto de las costas, al desestimarse el recurso interpuesto, y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la ley 29/98, de 18 de julio, procede la imposición de costas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

Fallo: “Que se desestima el recurso de apelación registrado con el número 227/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 octubre de 2008 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria en el procedimiento abreviado núm. 195/2007, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 22 de junio de 2007, dictada por la Delegación del Gobierno, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 14 de mayo de 2007 de la Subdelegación del Gobierno en Soria, por la que se deniega la autorización de residencia permanente solicitada, y, en consecuencia, se confirmada la sentencia apelada”.

#### **51.- SENTENCIA 53/2009 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS - LAS PALMAS DE GRAN CANARIA - DE FECHA 20/02/09**

**Autoriza renovación permiso pese a constarle antecedentes penales.**

Se impugna sentencia de fecha 13 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Las Palmas por la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Delegación del Gobierno en Las Palmas en virtud de la cual se denegaba la renovación del permiso de residencia y trabajo

La sentencia de instancia dice lo siguiente “Según el artículo 31.4 Ley Orgánica 4/00, “para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hayan sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.”

En el presente caso, la Administración demandada niega la solicitud interesada teniendo en cuenta los antecedentes penales correspondientes a la causa seguida por un delito de lesiones y maltrato familiar en el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Puerto del Rosario, en el que con fecha 21 de noviembre de 2.005 se le condena como autor de un delito de maltrato familiar. De contrario, por el recurrente se alega no haber delinquido de nuevo y haberse cumplido la sentencia en sus propios términos, considerando que los antecedentes penales ya se han cancelado.

Hemos de partir inicialmente de que se la resolución impugnada en vía jurisdiccional desestima la solicitud de segunda renovación de permiso de residencia y trabajo, lo que implica que el recurrente llevara algún tiempo residiendo en el territorio español con autorización administrativa, y asimismo que hubiera estado desempeñando una actividad laboral, aunque en el momento actual no se justifica la misma ni las obligaciones empresariales inherentes a esta. Por el contrario, no se alega arraigo de ningún tipo constriéndose la reclamación a que los antecedentes penales se hallan cancelados.

Aparte de la normativa referida, hemos de destacar el artículo 54.9 del Reglamento de Extranjería que dispone que “será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hayan sido

indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”. Por su parte, el artículo 53.1,a) del mismo Real Decreto señala que se denegarán las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los siguientes casos: “cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamientos español”, precisando también el artículo 53.1,i) que también se denegará dicha autorización “cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable”.

Por cuanto queda dicho, se centra la cuestión litigiosa planteada en determinar si habida cuenta la condena existente, puede o no reconocerse el derecho a la renovación del permiso de residencia. Al respecto hay que destacar que se ignora si la condena se ha cumplido o no y, asimismo, si los antecedentes penales se hallan cancelados o no, pues la parte recurrente se limita a dar por hecho o a “suponer” que por la fecha de los hechos se encuentran cancelados, y de igual modo se desconoce si la condena impuesta ha sido o no ejecutada. En este sentido, corresponde a quien alega tales circunstancias la carga de probarlas pues en caso contrario difícilmente podrán incidir en la valoración del conjunto probatorio en pro de su pretensión. De igual manera, no consta que actualmente el reclamante se encuentre trabajando ni ninguna otra circunstancia que pudiera contrarrestar la existencia de la reiterada condena. Por tanto, en el presente supuesto, atendidas y valoradas las circunstancias concurrentes no puede accederse a la pretensión instada por la parte recurrente”

La parte apelante aduce que se deniega la solicitud por los antecedentes penales por delito de lesiones y maltrato familiar por sentencia de fecha 21 de noviembre de 2005 pero teniendo en cuenta que se trataba de la renovación podemos dar por hecho que se encontraba arraigado y trabajando. A ello hay que añadir que tiene un hijo al que cuida. Han de valorarse las circunstancias y la sentencia fue suspendida por un periodo de dos años que ya han transcurrido.

El artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y deberes de los extranjeros y su integración social dispone:

«Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España



tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena».

Por su parte, el Real Decreto 2393/04, de 30 de noviembre, Reglamento de desarrollo de la citada Ley Orgánica 4/2000, regula la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en su artículo 54. De tal régimen legal interesa, a los efectos de resolver el presente recurso lo establecido en el apartado 9 del citado precepto, que transcribe literalmente lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, a efectos de valorar la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido su condena.

La norma le permite, mediante un juicio valorativo, en función de las circunstancias de cada supuesto, el conceder o denegar una renovación de trabajo y residencia.

En el presente caso, la sentencia condenatoria tiene fecha 21 de noviembre de 2005 por hechos ocurridos en fecha 19 de noviembre de 2005.

La resolución que denegó la renovación del permiso de trabajo es de fecha 24 de enero de 2008.

La Sala considera que hay que tener en cuenta lo siguiente: En sentencia de fecha 31 de marzo de 2009 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 343/2008 de entender que la existencia de antecedentes constituye la regla general impositiva de la renovación del permiso se estaría dando a la pena un plus de reproche mucho más allá de los que son sus finalidades propias y estaría llegando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a una conclusión de gravedad de la conducta delictiva y de peligrosidad del condenado a la que no llegó el Juez penal que acordó la remisión condicional de la pena.

No consta que se haya producido episodio de violencia alguna ni ningún otro dato negativo desde la fecha de la remisión condicional de la pena que pudiera incidir en la renovación del permiso. La pena privativa de libertad es de seis meses de prisión y que fue suspendida por tiempo de dos años por acordarse la remisión condicional; se trata de la renovación

del permiso de trabajo lo que supone que ha estado en posesión del permiso válido hasta el 10 de octubre de 2007; resulta identificada el nombre de la empresa ofertante de la actividad; y, finalmente, que su hijo menor vive en España. Por tanto, se impone la estimación del recurso de apelación.

No procede hacer expreso pronunciamiento sobre las costas.

Vistos los preceptos legales citados por las partes y los que son de general aplicación.

En función de lo hasta aquí expuesto

Fallamos

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal contra la sentencia a que se refiere el antecedente de hecho único previsto en la sentencia a que se refiere el hecho único de la presente resolución que revocamos y, en su lugar, se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Delegación del Gobierno en Las Palmas en virtud de la cual se denegaba la renovación del permiso de residencia y trabajo que se anula por no ser ajustada a derecho.

# **CAPÍTULO 7**

***FIES***



## **52.- SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 17/03/09**

**Nulidad de pleno derecho del apartado I de la Instrucción 21/96 de 16 de diciembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.**

### **Antecedentes de hecho**

Primero.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 1 de marzo de 2004, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 1490 de 2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso - administrativo interpuesto por doña Estela, en nombre y representación de “Madres Unidas contra la Droga de Madrid”, contra la resolución del Ministerio del Interior de 25 de julio de 2001, que no declara la nulidad de pleno derecho del Apartado Primero de la Instrucción 21/1996, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y revocando parcialmente la misma, declaramos dicha nulidad de pleno derecho únicamente respecto del inciso del subapartado B.1.A.13 de la referida Instrucción, que se expone en el fundamento jurídico quinto, confirmándola en todo lo demás, sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes».

Segundo.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico tercero: «Comenzando por la impugnación que de la creación del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES) se denuncia genérica y vagamente en la demanda, basta señalar que tal creación y mantenimiento, según resulta de la lectura de los subapartados A.1 (Regulación del fichero) y A.2 (Características necesarias para la inclusión en los distintos grupos) del apartado 1 de la Instrucción de tanta cita,

se adecua a las exigencias del artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario, a cuyo tenor «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»; y también a lo preceptuado el mismo artículo 6, en su apartado 2, según el cual «la recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (actual Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos) y sus normas de desarrollo». Creación de archivos cuya conformidad a derecho ya ha sido declarada por el Auto de la Audiencia Provincial referido en el fundamento jurídico anterior, tras estudiar minuciosamente la cuestión y a cuyas consideraciones nos remitimos y que, en cualquier caso, resulta justificada con la declaración programática que contiene la Instrucción, en cuanto a la necesidad de conocer las intervinculaciones de determinados grupos de internos y ejercer un control adecuado frente a fórmulas delictivas complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario, y teniendo en cuenta que la propia Circular examinada restringe la recopilación de datos a la «situación penal, procesal y penitenciaria» de los internos afectados, lo que constituye un legítimo ejercicio de las facultades contempladas en la Ley Orgánica de Protección de Datos y en el Reglamento Penitenciario. Además, tales datos pueden aportar elementos necesarios para adaptar el tratamiento penitenciario a la personalidad criminal del interno, y más aún cuando la propia Ley Orgánica General Penitenciaria hace referencia en su artículo 62-b) al resumen de la actividad delictiva del interno y de todos los «datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales» del mismo, entre los que pueden perfectamente incluirse todos los mencionados en la Circular: filiación, penales y procesales, penitenciarios, incidencias protagonizadas, actividad delictiva y comunicaciones con el exterior, máxime cuando la repetida Instrucción especifica que el hecho de estar incluido en la base de datos en ningún caso puede servir para prejuzgar la clasificación de los internos, vedar su derecho al tratamiento o fijar un sistema de vida distinto a aquel que reglamentariamente le venga determinado. Fichero automatizado en cuya elaboración, por otra parte, han sido cumplidas las prescripciones legales, ya que, según resulta de las diligencias acordadas para mejor proveer, su creación se llevó a cabo mediante

disposición general (Orden de 26 de julio de 1994 por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio del Interior incluidos, según se señala en dicha Orden, en el ámbito de aplicación de la LORTAD y sometidos al régimen general de la misma), que fue publicada en el BOE de 27 de julio de 1994, en cuyo Anexo se describe el responsable de dicho FIES, su finalidad y usos, el colectivo del que se pretende obtener datos, el procedimiento de recogida de datos, la estructura básica del fichero, descripción de datos incluidos en el mismo y el órgano ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación, dando así cumplimiento a lo dispuesto tanto en el artículo 18 de la antigua LORTAD, como en el artículo 20 de la vigente Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos».

Tercero.- También se declara en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que :

«Por lo que se refiere, en concreto, a la vulneración que de determinados preceptos de la Ley o Reglamento Penitenciarios, y a la vez de determinados derechos fundamentales, se sostiene en la demanda, es importante poner de manifiesto, previamente al análisis separado de cada una de dichas eventuales vulneraciones, que la acción ahora ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de la Instrucción impugnada (concretamente de su apartado 1), en los casos previstos en el artículo 62. 2 de la Ley 30/92, esto es, o bien por lesión de la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, o bien porque regule materias reservadas a la Ley, o bien porque establezca la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos, más sin que sea ahora posible enjuiciar la aplicación práctica o individual que, en un determinado centro penitenciario o respecto de un determinado interno, pueda llevarse a cabo de la repetida Instrucción, aplicación concreta frente a la que el recluso, si la considera abusiva o especialmente aflictiva, siempre podrá formular la correspondiente petición o queja ante el Director del establecimiento (artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y, en su caso, recurrir ante el Juez de Vigilancia (artículo 76 y siguiente de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Comenzando por la reiterada argumentación de la demanda de que la Circular de tanta cita lesiona el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución, de un lado la invocación que del apartado 1 de dicho artículo 25 de la Constitución Española se efectúa no resulta muy afortunada, pues no estamos ahora enjuiciando delitos ni faltas ni tampon-

co infracciones administrativa (infracciones disciplinarias, que respecto del régimen penitenciario, se regulan en el artículo. 42 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), sino una Instrucción que contiene normas sobre seguridad, control y prevención de incidentes de un determinado tipo de internos (muy conflictivos y/o inadaptados). Pero es que además la vulneración que del apartado 2 del mismo artículo 25 de la Constitución Española asimismo se denuncia en la demanda, tampoco puede ser tomado en consideración por esta Sala, ya que el Tribunal Constitucional, según constante jurisprudencia, no admite que el principio de resocialización de las penas pueda ser invocado en amparo por vía de dicho artículo 25.2 de la Constitución, al considerar que tal precepto no contiene un derecho fundamental, sino una orientación que debe guiar la política penitenciaria del estado (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987 FJ 2; 28/1988 FJ 2 y Autos del Tribunal Constitucional 1112/1988 y 360/1994). Respecto al derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española), es consolidada la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 1194/2002 F.6) según la cual tal secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución Española sino también, y primordialmente, por el artículo 25.2 de la Constitución Española, precepto que en su inciso segundo establece que el condenado a pena de prisión que estuviera 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. El artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno. Y en cuanto a los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como la de notificación al interno afectado que establecen los artículos 43.1 y 46.5 del Reglamento Penitenciario de 1996, el Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (Sentencias del Tribunal Constitucional 200/1997, de 24 de noviembre, F.



3; 188/1999, de 25 de octubre, F. 5 y 175/2000, de 26 de junio, F. 3). Pues bien, conforme a dicha doctrina constitucional, lo cierto es que la regulación de las comunicaciones escritas del apartado A.4.1 de la Instrucción (que, según la demanda, convierte en estéril cualquier tipo de comunicación con el exterior, dado el plazo que en ella se concede a la Coordinación de Seguridad) ninguna vulneración legal ni constitucional causa, si la misma se pone en relación con párrafo anterior de dicho apartado A.4 donde expresamente se prevé que “cuando existan razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del Centro, se procederá en la forma establecida reglamentariamente a intervenir las comunicaciones de éstos. La intervención debe ser motivada y justificada en atención a las circunstancias concurrentes en el afectado y delimitada temporalmente, todo ello de conformidad con el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 170/96 de 29 de octubre. Los responsables del Centro adoptarán las medidas oportunas para que el contenido de estas comunicaciones sólo tenga acceso el Funcionario encargado de la Unidad, sin que en ningún caso pueda hacerse publico, ser difundida o llegar a personas no autorizadas”. Así pues, tal regulación se adecua a lo previsto en el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria anteriormente citado, que es el que dispone tal derecho de comunicación escrita de los internos, que exige el respeto al máximo de la intimidad, pero prevé expresamente la posibilidad de restricciones “impuestas por razones de seguridad e interés de tratamiento y el buen orden del establecimiento”, razones de seguridad y buen orden del centro que concurren en el caso y que convierten en justificada (siempre que además se motive, se delimite temporalmente y se observe la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente esbozada) la intervención de las comunicaciones prevista en el referido apartado de la Instrucción. En definitiva, la intervención tiene sentido cuanto lo que se trata de conseguir es que el preso no mantenga aquellos lazos que originaron y fueron causa de su comportamiento delictivo, justificación y garantías las anteriormente previstas que se ajustan a la normativa penitenciaria y que excluyen la vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 18.3 y 18.1 de la Constitución Española aducida en la demanda. Las comunicaciones telefónicas, que el apartado B.1.A).13 limita a dos por semana, es asimismo conforme con lo previsto en el artículo 47.4 del Reglamento Penitenciario (que dispone que se efectuaran con una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana, se celebrarán en presencia de un funcionario y no tendrán una duración supe-

rior a cinco minutos), y ello puesto que el referido apartado B.1.A).13 dice textualmente que se podrán autorizar, con carácter general, dos comunicaciones telefónicas a la semana, lo que implica que sin perjuicio de que generalmente, y en la mayoría de los casos, sean dos las llamadas telefónicas semanales de los presos a los que se aplica la Instrucción, con carácter especial o individual, o en el caso de concurrir determinadas circunstancias, es posible autorizar mas de dos llamadas telefónicas a la semana (y hasta un máximo de cinco)».

Cuarto.- La Sala de instancia declara como justificación de la nulidad de pleno derecho, que decide en la sentencia, del apartado B.1.A.13 de la Instrucción impugnada que

«El mismo apartado B.1.A 13, señala que “Respecto de las visitas de convivencia en locales o recintos adecuados, su duración máxima será de 3 horas”. Tales visitas de convivencia se regulan con carácter general en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario cuyo tenor literal es el siguiente: “Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o personas 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 (comunicaciones orales) y en los apartados 4 (comunicaciones intimas) y 5 (con familiares y allegados) de este articulo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas”. Es cierto que según reiterada doctrina constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1982, 314/1991, 371/1993 y 57/1994, entre otras muchas) la comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos, pudiendo ser limitado o condicionado su ejercicio. La privación de libertad que conlleva toda pena impuesta dificulta e incluso impide el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos que no se encuentran en dicha situación. Así, la separación y el alejamiento del preso de la vida familiar y cultural son consecuencia inevitable de la prisión, pero debemos recordar que no por ello se le priva de sus relaciones familiares, aunque estas lógicamente estén limitadas al ejercicio de los derechos de visita y de comunicación previstos y regulados en la legislación penitenciaria.

En el presente caso, nos hallamos ante una disposición que restringe la duración máxima de seis horas que el Reglamento Penitenciario prevé para las llamadas visitas de convivencia, fijando dicha duración máxima en tres

horas, sin argumentación ni justificación ninguna para ello En definitiva, se limita de manera injustificada (e innecesariamente dolorosa para el interno), y sin ninguna motivación, la duración temporal de tal derecho a las visitas de convivencia. Esta Sala no acierta a comprender la razón de dicha restricción, no obstante el carácter de especialmente peligrosos y/o inadaptados de los reclusos a los que se aplica la Instrucción, dado que dichas visitas lo son del cónyuge o conviviente y de los hijos menores de diez años, personas cuya negativa influencia sobre el preso, o sobre la seguridad u orden del establecimiento no parece evidente. Consideramos, por ello, que tal disposición constituye una intromisión ilegítima en la intimidad familiar del interno, carente de razonabilidad, por lo que dicho inciso del referido apartado B.1.A 13 de la instrucción 21/1996, efectivamente es nulo de pleno derecho por cuanto contraviene, sin justificación ni motivación alguna, lo preceptuado en el artículo 45.6 del Real Decreto 190/1996, en relación con el artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria».

Quinta.- El fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

«Asimismo se entienden lesionados los derechos a recibir información veraz (artículo 20. d de la Constitución Española) y al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad (artículo 25.2 de la Constitución Española) por los siguientes apartado de la Circular: La Norma A.4.3 en cuanto preceptúa el envío a la Coordinación de Seguridad de todas las revistas, periódicos y libros que carezcan de depósito legal o que, teniendo en cuenta la seguridad del establecimiento. La Norma B.1.A).6 por cuanto limita a dos el número de libros de lectura, revistas y/o periódicos que puede tener el interno. Y la Norma B.1.A) 13 por cuanto el uso de la televisión queda sometido a posible “limitación expresa,” limitación muy frecuente en la práctica. De un lado, y en este último caso, según resulta del mismo inciso B.1.A) 13, la limitación del uso de la televisión ha de motivarse mediante resolución de la Junta de Tratamiento, basada en razones de seguridad, buen orden del centro o exigencias de tratamiento, por lo que la posibilidad de restringir tal derecho se halla suficientemente garantizada. De otra parte, y con carácter general, es el artículo 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el que establece el derecho de los internos a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior “con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias de tratamiento individualizado, previa resolución

motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento”, así como a estar informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas. Pronunciándose en términos muy similares el artículo 128.1 del Reglamento Penitenciario, que añade en su apartado 2 que “En todo caso, no se autorizará la tenencia en el interior de los establecimientos de publicaciones que carezcan de depósito legal o pie de imprenta, así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del establecimiento”. Asimismo preceptúa el artículo 93.5º del Reglamento Penitenciario que “El Consejo de Dirección elaborará las normas de régimen interior sobre... disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión”. En definitiva, pues, y dado que el acceso a libros, revistas y televisión se halla sometido a limitaciones, tales limitaciones legales y reglamentarias que son precisamente las que se establecen en la Instrucción, máxime cuanto, según señala el Tribunal Constitucional en el Auto 79/99 de 8 de abril, el acceso a la cultura es de contenido tan amplio, que se puede materializar a través de múltiples medios legales existentes al efecto y cuya difusión está permitida por las leyes y reglamentos. Añadir, para concluir, que en lo que al derecho a recibir información veraz se refiere (artículo 20.1 d) de la Constitución Española), se trata de un derecho dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes, e incluso contradictorias, para que puedan participar así en la discusión relativa a asuntos públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1991), pero tal derecho no supone obviamente la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que la solicite (Auto del Tribunal Constitucional 560/1983)».

Sexto.- Continúa la Sala de instancia expresando en el séptimo fundamento jurídico de la sentencia recurrida que:

«Se consideran igualmente lesivos del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española) y del derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución Española) varios de los apartados de la Circular. Los denominados “tratos inhumanos o degradantes” proscritos en el artículo 15 de la Constitución, en el concreto ámbito penitenciario, han sido objeto de una abundante doctrina del Tribunal Constitucional, que ha dicho que para apreciar su existencia es necesario que: “Estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un

nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena” (Sentencias del Tribunal Constitucional 65/86, de 22 de mayo; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras), pues la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su ejecución y de las modalidades que revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcancen un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Con estas premisas puede afirmarse que la privación de libertad que conlleva el cumplimiento de una condena, el aislamiento de los presos en celdas, o el cumplimiento de la condena en centros penitenciarios que no se ajustan a los deseos y expectativas de los internos, son limitaciones que, practicadas con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no pueden considerarse como trato inhumano o degradante, y por lo tanto no vulneran ni el artículo 15 de la Constitución, ni tampoco el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del artículo 10.2 de la Constitución Española. Entiende la demanda que además de constituir tratos inhumanos y degradantes, contraviene la normativa penitenciaria la previsión contenida en el apartado B.1.A). 2 de la Instrucción, del que se desprende que, como el interno entra y sale de la celda cuatro veces al día, ello implica la práctica sistemática de, como mínimo, cuatro cacheos diarios. Esta Sala no aprecia vulneración legal ninguna en dicho apartado de la Instrucción. Si bien su tenor literal es que “Todos los internos serán cacheados, tanto a la entrada como a la salida de sus respectivas celdas”, preceptuando el artículo 93.1.2ª del Real Decreto 190/1996 (de conformidad con el artículo 23 de la Ley General Penitenciaria) que “Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos”, lo cierto es que el término “diariamente” que utiliza el precepto reglamentario no puede identificarse con una vez al día como máximo, sino, en todo caso, con una vez al día como mínimo, por lo que la disposición cuestionada tampoco contraviene la normativa penitenciaria. Los mismos derechos fundamentales se entienden también infringidos por la norma B.1.A) 3. en relación con la norma B.2 a cuyo tenor, y cuando los funcionarios hagan acto de presencia en la celda, el interno deberá colocarse en el fondo de la misma con las manos visibles. Se regula ésta medida de seguridad, al igual que la anterior, en el artículo 68 del Reglamento Penitenciario. Ambas requieren tomar en consideración el colectivo al que

van destinados tales controles y cacheos (internos muy conflictivos y/o inadaptados, autores de gravísimos delitos contra la vida, libertad o integridad de otros reclusos o funcionarios) a fin de otorgar justificación y razonabilidad a tales especiales cautelas, siempre, claro está, que se ajusten en su contenido y práctica a las previsiones del artículo 71 de dicho Real Decreto 190/1996, que preceptúa que han de regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad y llevarse siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen diariamente sobre las personas. La norma B.2 (control de internos considerados conflictivos y/o peligrosos) en su parte final, también impugnada en la demanda, hace referencia a las denominadas “nocturnas”. Las regula la Instrucción señalando que “respetando la dignidad del interno y las horas de descanso nocturno (artículo 77.2) deberán llevarse a cabo con la periodicidad que se considere adecuada, en función de los distintos tipos de régimen, cuidándose cuando se trate de internos con asignación del régimen cerrado, que se encuentren incluidos en ficheros de especial seguimiento o considerados conflictivos, que éstas se realicen con un intervalo no superior a una hora. Su realización y las novedades que pudieran producirse, deberán ser registradas en un libro destinado a tal fin”. Es cierto que la regulación de tales nocturnas planteó en un primer momento dudas sobre su legalidad a esta Sala dado que tanto el artículo 25 de la Ley General Penitenciaria como el artículo 77.2 de su Reglamento, garantizan, en cualquier caso, ocho horas de descanso nocturno. No obstante y una vez remitido a la misma el oficio del Director General de Instituciones Penitenciarias acordado como diligencia para mejor proveer, en el que se explicaba que dichas nocturnas tienen por finalidad comprobar el adecuado estado físico de la prisión: barrotas, puertas, techos, suelos, ventanas.. y que en cuanto al modo de materializarse respecto de las celdas donde se encuentran los reclusos, consisten en comprobar tanto desde el exterior, a través de los patios u otras dependencias externas, como desde el interior, mediante controles y paseos por los pasillos a cuyos lados se sitúan las celdas, que ninguno de los elementos de seguridad de las mismas han sido alterados (puerta, cerrojos, ventanas, rejas), concluimos la conformidad a derecho de la regulación que la Circular efectúa de tales nocturnas (denominadas requisas cuando se efectúan de día), no sólo por la obligación expresamente contemplada en dicha Instrucción de respetar, en todo caso, las ocho horas de descanso nocturnos, sino además porque dada su finalidad y modo de practicar-

se, no implican necesariamente un obstáculo a dicho descanso nocturno legalmente previsto».

Septimo.- En el fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida se declara que

«La Norma B.2, inmediatamente antes de dichas nocturnas, señala que cuando sea necesario que los internos compartan celda, en ningún caso se ubicará a dos de ellos en la misma, e igualmente no se asignarán a éstos celdas contiguas. Ello, según la demanda, contraviene el derecho al desarrollo integral de la personalidad (artículo 25.2 de la Constitución Española), excede de lo previsto en el artículo 93 del Reglamento, y supone, en realidad, que como en los departamentos especiales a que se refiere la Circular los presos nunca comparten celda, se hallan totalmente aislados sin posibilidad, siquiera, de hablar a gritos con quienes ocupan celdas contiguas. Preceptos ambos (legal y constitucional) que asimismo se entienden lesionado por la norma B.1.a) 14 a cuyo tenor, y como el preso desayuna, come y cena solo en su celda, se le priva del más mínimo contacto personal con otro ser humano. Ya hemos apuntado con anterioridad, en cuanto al principio constitucional contenido en tal artículo 25.2 de la Constitución Española, que el fin de reinserción social y de reeducación que debe regir en todo cumplimiento de la pena y por ende debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, no confiere como tal un derecho fundamental amparable, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no derivan derechos subjetivo (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/87, de 21 de enero; 28/88, de 23 de febrero entre otras muchas). Por otra parte, el derecho al desarrollo integral de la personalidad que protege el mismo precepto, ha de entenderse íntimamente relacionado con el derecho a acceder a la cultura, dada la dicción del referido artículo 25.2 de la Constitución Española, por lo que su denuncia en el recurso, en los términos expuestos, no puede ser tomada en consideración. Es cierto que el Informe del Comité contra la Tortura de la ONU de 19 de noviembre de 2002 (adjuntado como documental por la parte actora) expresa su preocupación por “Las severas condiciones de reclusión de los presos clasificados en el denominado fichero de Internos de especial Seguimiento (pues) quienes se encuentran en el primer grado del régimen de control directo deben permanecer en sus celdas la mayor parte del día, en algunos casos pueden disfrutar de sólo dos horas de patio, están excluidos de actividades colecti-

vas, deportivas y laborales y sujetos a medidas extremas de seguridad. En general, pareciere que las condiciones materiales de reclusión y, en especial, la privación sensorial que sufren estos internos, estarían en contradicción con los métodos de tratamiento penitenciario dirigidos a su readaptación y podrían considerarse un trato prohibido por el artículo 16 de la Convención”. Desprendiéndose igualmente de la prueba testifical practicada en el correspondiente período probatorio las durísimas condiciones carcelarias que, al menos en determinados centros penitenciarios, sufren los presos que ostentan la referida clasificación en el FIES. A juicio de la Sala, sin embargo, tanto dicho Informe de la ONU como la prueba testifical practicada se refieren más bien a la aplicación práctica (condiciones materiales de reclusión) que, respecto de determinados internos en los que concurren determinadas circunstancias, se lleva a cabo de la repetida Instrucción, que al tenor literal de la Circular cuyos extremos más polémicos se acaban de analizar. Aplicación material y concreta frente a la que el recluso siempre podrá formular la correspondiente petición o queja ante el Director del establecimiento (artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y, en su caso, recurrir ante el Juez de Vigilancia (artículo 76 y siguiente de la Ley Orgánica General Penitenciaria)».

Octavo.- Notificada la indicada sentencia a las partes, la representación procesal de la demandante Doña Estela y el Abogado del Estado presentaron ante la Sala de instancia sendos escritos solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de fecha 20 de septiembre de 2004, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

Noveno.- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y, como recurrente, Doña Estela, actuando ésta en nombre de la Asociación «Madres Unidas Contra la Droga de Madrid», y, después de haberse dado traslado de los autos recibidos al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, manifestase si sostenía o no el recurso de casación por él preparado, y, en caso afirmativo, lo interpusiese por escrito en el indicado plazo, con fecha 18 de noviembre de 2004 manifestó que no lo sostenía, por lo que ésta Sala dictó, con fecha 23 de noviembre de 2004, auto declarando desierto el



recurso de casación preparado por el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado.

Décimo.- El recurso de casación interpuesto en nombre y representación de la Asociación “Madres Unidas contra la Droga de Madrid” se basa en dos motivos, ambos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción; el primero por haber vulnerado la Sala de instancia lo establecido en los artículos 17.1 y 25.2 de la Constitución, en la interpretación que de éstos se hace en la sentencia 175/2000 del Tribunal Constitucional, según la cual las relaciones de sujeción especial no constituyen una limitación al principio de reserva de ley, mientras que la Instrucción impugnada se extralimita del ámbito meramente organizativo y de funcionamiento propio de la institución penitenciaria para innovar el ordenamiento y crear un nuevo régimen al margen de la legalidad vigente, y así el Tribunal de Derechos Humanos, al analizar el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ha declarado, entre otras, en la sentencia del “caso Silver” que las limitaciones establecidas en este precepto han de hacerse mediante leyes y no a través de circulares o instrucciones, que no son fuente de derecho y no están sujetas a las garantías de publicidad de las normas, debiendo ser, en cualquier caso, las limitaciones de derechos motivadas, proporcionadas, individualizadas y por tiempo determinado, pero la Instrucción impugnada establece medidas de carácter general y las restricciones impuestas van más allá de lo necesario para que las prisiones funcionen cotidianamente; y el segundo por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, porque la potestad de autodisposición en materia organizativa de la Administración está limitada por los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y de sometimiento pleno a la ley y al derecho, mientras que la Instrucción impugnada se extralimita y va más allá del mandato de la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario, de 1996, de refundir, armonizar y adecuar a lo dispuesto en el propio Reglamento las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas con anterioridad, de manera que su propio contenido contradice lo expresado en ella para justificar su aprobación, y así no sólo crea una base de datos de carácter administrativo sino que establece un nuevo régimen y un estatuto de derechos y deberes diferente y más restrictivo del previsto en la legislación vigente, a pesar de que las instrucciones, circulares o resoluciones de los órganos de la Administración, sin potestad reglamentaria, sólo pueden tener eficacia

interna para la gestión eficaz de los servicios atribuidos a cada centro directivo, mientras que la Instrucción 21/1996 supone, por la vía de los hechos, el ejercicio de una potestad reglamentaria sin ninguna cobertura legal y sin respeto de los requisitos formales ni materiales que garantizan la validez de las disposiciones normativas, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se declare la nulidad del apartado primero de la Instrucción 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Undécimo.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en nombre y representación de la Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», se dio traslado por copia al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al indicado recurso, lo que efectuó con fecha 8 de febrero de 2006, aduciendo que, en contra del parecer de la recurrente, las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias pueden incidir en los derechos de los internos, como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional 143/1997, de 15 de septiembre, que se transcribe, siempre que lo sea dentro del marco diseñado por la ley penitenciaria y por su reglamento, de modo que no se ha producido la infracción denunciada del principio de reserva de ley, sin que la recurrente concrete la extralimitación de la Instrucción respecto del mandato contenido en la Disposición Transitoria cuarta del Reglamento Penitenciario, mientras que la Sala sentenciadora ha examinado detenidamente el contenido de la Instrucción llegando a la conclusión de que, salvo en el inciso declarado nulo en la sentencia, es ajustada a la ley y reglamento penitenciarios, terminando con la súplica de que se desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto y se impongan las costas a la recurrente.

Duodécimo.- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 11 de febrero de 2009, en que tuvo lugar, prolongándose en días sucesivos, hasta el día 3 de marzo, por haber tenido que formar Sala con magistrado de la Sección Cuarta al no poder formarla dos de los magistrados de esta Sección Quinta que constituyeron la Sala que dictó la sentencia recurrida.

## **Fundamentos de derecho**

Primero.- Se denuncia por la representación procesal de la asociación recurrente que la sentencia recurrida vulnera los artículos 17.1 y 25.2 de la Constitución, por no haberse respetado el principio de reserva de ley, y los artículo 9.3 y 103.1 de la propia Constitución, dado que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta que la potestad de autodisposición en materia organizativa de la Administración está limitada por el principio de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, pues el apartado primero de la Instrucción impugnada 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias va más allá del mandato de la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de refundir, armonizar y adecuar a lo establecido en dicho Reglamento las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas con anterioridad.

En el mencionado apartado, la Instrucción combatida contiene normas de seguridad, control y prevención de incidentes, relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados.

La Sala de instancia encuentra justificada la Instrucción combatida por tratarse de un «reglamento administrativo o de organización», dictado en el marco de relaciones de «supremacía especial», en el que la Administración tiene un mayor poder de disposición y el administrado, en este caso interno de un centro penitenciario, tiene obligaciones especiales, de manera que “el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su status libertatis, adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos”.

Después, el Tribunal a quo examina cada uno de los subapartados, incluidos dentro del apartado primero de la Instrucción, para llegar a la conclusión de que el único que merece reproche de nulidad radical es el subapartado B.1.A 13 por contravenir lo dispuesto en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, en relación con el artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria.

La cuestión que, al articular ambos motivos de casación, plantea el representante procesal de la asociación recurrente es más radical por entender que una Instrucción de funcionamiento, a través de la que la Administración penitenciaria organiza sus servicios, no puede afectar derechos y deberes de los internos, porque no es ni puede ser fuente de derecho, al carecer de las garantías de elaboración de las normas jurídicas y de la imprescindible publicidad.

La Sala de instancia en la sentencia recurrida no niega que el apartado impugnado de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias afecte los derechos de los internos imponiéndoles limitaciones, sino que sostiene que éstas no contradicen lo establecido en la Ley y Reglamento Penitenciarios, salvo en cuanto a las denominadas visitas de convivencia.

Con independencia de que no compartimos esa conclusión, pues otro tanto sucede con las comunicaciones telefónicas, la cuestión, como se sostiene al articular ambos motivos de casación, está en si una circular o instrucción de la Administración penitenciaria es instrumento jurídicamente idóneo para establecer con carácter general un régimen de derechos y deberes de los internos, que califica de conflictivos y/ o inadaptados.

Nosotros, en contra del parecer de la Sala sentenciadora y de los informes obrantes en el expediente administrativo, consideramos que esas circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios.

Segundo.- La plausible conveniencia de prestar el servicio con igualdad de criterio en todos los centros penitenciarios, a través de instrucciones y circulares de régimen interno, no permite completar las normas de control y prevención aplicables a los internos a través de tales reglamentos organizativos, que no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes de unos internos a los que la propia Instrucción incluye en un grupo determinado, aunque se diga que es a los meros efectos administrativos, ya que todo lo relativo a su clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla, cuya aplicación se ha de

llevar a cabo a través de los concretos actos administrativos relativos a cada interno con el consiguiente control jurisdiccional.

El apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, contiene normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y / o inadaptados, que afectan a los derechos y deberes de éstos, de manera que se excede del cometido y finalidad de los denominados «reglamentos administrativos o de organización» para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece, razón por la que la sentencia recurrida conculca los principios recogidos en los preceptos constitucionales invocados al articular ambos motivos de casación.

Tercero.- La estimación de éstos, además de comportar la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, nos impone el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Por idénticas razones a las ya expresadas, debemos anular también la resolución del Ministerio del Interior que decidió no declarar la nulidad radical del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, ya que este apartado es nulo de pleno derecho por vulnerar los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa.

Cuarto.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto impide hacer expresa condena respecto de las costas causadas con el mismo, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de los litigantes, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, como dispone el apartado primero del citado artículo 139 de la propia Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Fallamos

Que, con estimación de los dos motivos de casación alegados, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el

Procurador Don José Luis García Guardia, en nombre y representación de Doña Estela, quien actúa, a su vez, en nombre de la Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», contra la sentencia pronunciada, con fecha 1 de marzo de 2004, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso - administrativo número 1490 de 2001, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, estimando el recurso contencioso - administrativo deducido en nombre de la mentada Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid» contra la resolución del Ministerio del Interior, de fecha 25 de julio de 2001, por la que se decidió no declarar la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debemos anular y anulamos dicha resolución administrativa por ser contraria a derecho, a la vez que declaramos nulo de pleno derecho el apartado primero, encabezado con la rúbrica: «Normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y / o inadaptados», de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, dictada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre refundición de Circulares e Instrucciones, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

### **53.- AUTO DE AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 25/09/09**

#### **Actualización temporal que implique al menos una revisión semestral.**

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se dictó auto con fecha 14-10-08, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra otro auto de 26-09-08 por el que se desestimaba la queja interpuesta por A.V.M.

Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación, por la representación procesal del interno, a que se refiere el presente rollo, habiendo tenido lugar la deliberación del asunto en el día de hoy.

El interno recurre la decisión judicial basándose en el argumento de que su inclusión en el denominado Fichero de Internos de Especial

Seguimiento con Control Directo (FIES 1- CD) le produce determinados perjuicios y restricciones en relación con el régimen de vida, (que experimenta mayores restricciones que el que le supondría encontrarse en aislamiento), el disfrute y participación en actividades del Centro Penitenciario, con lo que se vulneran los artículos 10.1 y 15 de la Constitución Española y se desconoce lo dispuesto en los artículos 90.2 y 94 del Reglamento Penitenciario en relación con el artículo 42 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En realidad en el recurso se suscitan dos cuestiones: por una parte se señala como inadmisibile la situación del interno que se encuentra incluido en el Fichero FIES 1-CD y por otra parte se solicita que “...se autorice su no inclusión en el mismo...”, entendemos que se le excluya del mismo; analizaremos ambas por separado.

En cuanto al Fichero FIES, el mismo fue implantando y desarrollado por las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 06-03-1991 y 28-02-1995.

El nuevo Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 09-02-1996 refundió una serie de disposiciones vigentes y conforme al mismo se dictó la Instrucción 21/1996, que dejaba sin efecto las anteriores normas relativas al fichero. La Instrucción 21/1996 (de la cual la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo acaba de anular, en sentencia de 17-03-09, su apartado primero) fue derogada por otra de 22-02-06, sobre Protocolo de Actuación en Materia de Seguridad, siendo por lo tanto esta norma la que se encuentra vigente en la materia.

El fichero se configura como un instrumento de la Administración Penitenciaria enderezado tanto a contribuir a la seguridad y al cumplimiento de otras funciones legalmente asignadas como al objetivo inmediato, de recibir, almacenar y tratar información relevante.

Como premisa del primero de los fines del fichero, que es el que ahora nos ocupa, se sitúa, entre otras necesidades, la de un seguimiento especial de internos inadaptados, conflictivos o extremadamente peligrosos.

Este Fichero posee una dimensión administrativa de clasificación, en tal sentido se ha venido reiterando que sus referentes legislativos son la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; los artículos 6 al 9 del Reglamento Penitenciario y la

Orden del Ministerio del Interior 3764/2004, de 11 de noviembre, por la que se adecuan a la ley los ficheros informáticos cuya gestión corresponde a dicho Ministerio.

Conforme a las actualizaciones introducidas por la Instrucción de 2006, se estudia la materia dividiéndola en cuatro apartados:

- 1.- El Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES).
- 2.- Medidas de seguridad relativas a los internos incluidos en el Fichero (FIES).
- 3.- Normas de régimen cerrado, de control y de prevención de incidentes.
- 4.- Normas de seguridad, de control e intervención en los accesos y otras dependencias, relativas a las personas y medios materiales.

En cuanto al fichero, existen cuatro categorías: 1. FIES-1 (CD), 2. FIES-2 (DO), 3. FIES-3 (BA), 4. FIES-4 (FS) y 5. FIES-5 (CE), de las que ahora nos interesan únicamente la 1 y 5. Incluyendo la primera los internos especialmente conflictivos y peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los Funcionarios, Autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución, tanto dentro como fuera del Centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos. Y en cuanto a la quinta comprende diversos grupos de internos que por sus características criminológicas o penitenciarias, precisan de un especial seguimiento. Estos son: los internos con un historial penitenciario de alta conflictividad y los autores de delitos muy graves que hayan generado una gran alarma social.

En palabras de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 22-02-06

“...Los datos que almacena están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria, considerándose, por tanto, una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que garantiza y asegura una rápida localización de cualquier dato sin que, en ningún caso, prejuzgue la clasificación de los internos, vede su derecho al tratamiento, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado.



En consecuencia, la aplicación de medidas que impliquen limitaciones regimentales o restricción o limitación de derechos no deben fundamentarse en la inclusión del interno en el Fichero FIES, sino en la necesidad de proteger otros derechos o de preservar la seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento, derivada de las circunstancias personales del interno afectado. Si bien, la individualización de dichas circunstancias puede satisfacerse con la concurrencia de rasgos comunes a los pertenecientes a un colectivo de internos o a una organización (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/1999, de 22 da julio)...”

Pero en cuanto a las concretas limitaciones o singularidades que el régimen de vida en prisión que afecte a los internos incluidos en el fichero, así como las medidas de seguridad a aplicar, se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales (artículo 71.1 del Reglamento Penitenciario).

Como recuerda la propia Instrucción que venimos comentando, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, existe un contenido básico o mínimo en todo derecho fundamental que ha de ser respetado, por lo que las limitaciones no han de obstaculizar el derecho a que afectan más allá de lo razonable, se ha de justificar la limitación por el fin perseguido con la misma y ha de existir una proporcionalidad entre el sacrificio del ejercicio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone. Y lo que resulta esencial: “...toda resolución que acuerde la restricción de derechos fundamentales ha de motivarse de modo individualizado, siendo notificada al interno y al órgano jurisdiccional competente....”.

No consta en lo actuado en el presente recurso de queja en que las condiciones de vida de A.V.M. existan ni limitaciones que superen lo establecido con carácter general para el régimen de primer grado, ni que se hayan visto limitados o restringidos sus derechos fundamentales, sin la preceptiva motivación y posibilidad de control judicial, por lo tanto en este aspecto debe ser desestimada la queja, ya que la mera inclusión en el fichero es un elemento de organización y régimen penitenciario en el que la Sala no ha de pronunciarse.

Mas, no podemos por otro lado desconocer que la inclusión en el fichero puede llevar a que se agoten o extremen los rigores del primer grado de tratamiento penitenciario, aun sin rebasar los límites del mismo para

entrar en condiciones más gravosas como serían las peculiares de la sanción de aislamiento por ejemplo.

En este sentido asiste parcialmente la razón al interno recurrente en tanto que, con independencia de que existieran motivos para incluirlo en el sistema de FIES-1 (en el que se mantiene por casi dos décadas), aunque dichas justificaciones sigan concurriendo de presente, resulta necesario actualizar esta situación de A.V.M. en bases temporales que impliquen cuando menos una revisión con carácter semestral, con justificación individualizada del mantenimiento de la inclusión del interno en el fichero y exposición de las líneas de tratamiento seguidas y previstas, fundamentando tal decisión y abriendo la puerta a que pudiera ser revisada en vía judicial. En este sentido acogemos parcialmente el recurso de queja.

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por A.V.M., contra el auto dictado por la Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, con fecha 14-10-08, revocamos dicha resolución, acogiendo en parte la queja del interno y declarando que resulta necesario actualizar en bases temporales que impliquen cuando menos una revisión con carácter semestral, la justificación del mantenimiento de la inclusión del interno en el fichero FIES-1, fundamentando tal decisión y abriendo la puerta a que pudiera ser revisada en vía judicial.

#### **54.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 23/04/09**

##### **Desestima queja sobre inclusión en FIES.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.T.T. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez formulando queja sobre su inclusión en el fichero FIES.

Procede la desestimación de la queja a la vista del informe del Centro del que se desprende que la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 21/1996 es una disposición de carácter puramente administrativo tendente a la creación de una base de datos relativa

a determinados colectivos de internos que, por los delitos cometidos, por su trayectoria penitenciaria, su integración en forma de criminalidad organizada, aconsejan un seguimiento administrativo a fin de conseguir una adecuada gestión regimental y control de sistema penitenciario. Por tanto, los datos que como consecuencia del seguimiento se almacenan están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria, siendo una prolongación del expediente personal penitenciario, sin que, en ningún caso, prejuzgue su clasificación, vede el derecho al tratamiento de los internos, ni suponga la fijación de una vida regimental distinta que aquella que reglamentariamente le venga determinada. En definitiva, como señala el auto de 28 de febrero de 1996 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, es en suma una norma organizativa dictada por la autoridad administrativa competente para la dirección, organización e inspección de las instituciones de tal clase y su carácter de disposición administrativa no le dispensa de respetar el principio de legalidad ni de jerarquía normativa, por lo que el análisis o juicio de que en su caso pudiera vulnerar tales principios, su anulación o inaplicabilidad compete exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo competencia exclusivamente del juez de vigilancia penitenciaria, al resolver la petición en concreto del interno, comprobar si su inclusión en el mismo vulnera sus derechos fundamentales, y sus derechos o beneficios penitenciarios. En el mismo sentido el auto de la Sección 5a de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2001 señala: “La regulación del tratamiento de los datos relativos a determinados tipos de internos que contiene la Circular 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias entronca con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y con los artículos 6 a 9 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996.

Esa Ley Orgánica, aprobada con objeto de limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 1 de la misma), y aplicable a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado (artículo 2), autoriza expresamente la recopilación de “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (artículo 3), aunque estableciendo determinadas limitaciones, como no ser excesivos esos datos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se

hayan obtenido, ni utilizarse en su clasificación criterios que se presten a prácticas ilícitas (artículo 4.1), ni usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos (artículo 4.2), o responder con veracidad a la situación real del afectado (artículo 4.3), entre otras. La misma Ley, en referencia a ficheros creados por las Administraciones Públicas, restringe incluso los derechos de los interesados en aquellos casos en los que esté afectada la seguridad pública o cuando concurren razones de interés público (artículo 22), si bien exigiendo en este último caso un especial deber de motivación.

No es contraria a derecho, por tanto, la recolección o almacenamiento de datos que afecten a personas físicas ni su tratamiento automatizado, siempre que se ajusten a las condiciones de esa Ley Orgánica (Ley Orgánica RTAD). Sea cual fuere la naturaleza de los datos recopilados, su incorporación a un sistema automatizado que permita su fácil manejo y su interconexión con otros es lícita -a salvo de la resolución que pueda dictar en cada caso la Agencia de Protección de Datos en el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la de ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a las disposiciones de la citada Ley (artículo 36, f)- y más aún cuando se establece por las Administraciones Públicas en el marco de sus competencias, sometida a las mayores exigencias de confidencialidad y seguridad.”

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sección 5a de la Audiencia Provincial de Madrid en autos de fecha 11 de enero de 2002 y 10 de febrero de 2004; de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 15 de febrero de 2002, y la Audiencia Provincial de Ciudad Real en auto de 15 de marzo de 2005, y se pronunció el Tribunal Constitucional que desestimó recurso de amparo por la inclusión en fichero FIES en la sentencia de 8 de julio de 1996.

Por otro lado, el interno no ha acreditado, pese a sus afirmaciones genéricas de restricciones, que éstas se hayan producido como consecuencia de su inclusión en el fichero, por lo que careciendo la queja del más mínimo fundamento procede su desestimación.

Se desestima la queja del interno A.T.T. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

# **CAPÍTULO 8**

## ***JUEZ DE VIGILANCIA***



## **55.- AUTO DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 05/03/09**

**Cuestión de competencia. Orden busca y captura competencia del Tribunal sentenciador.**

### **I. Hechos**

Con fecha 30 de septiembre pasado, se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición razonada acompañada de testimonios del Procedimiento 900/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de la Comunidad de Madrid, planteando cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia, ejecutoria 2989/07, acordándose por providencia de 6 de octubre, formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal por escrito de 26 de octubre dictaminó: "...en relación a la cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid y el Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia, al objeto de determinar el órgano competente para acordar la orden de busca y captura de determinado penado, clasificado en tercer grado y que no se reintegró al Centro Penitenciario, tras haberle sido otorgado permiso de salida de fin de semana por la Administración penitenciaria.... La cuestión que se plantea es novedosa. Su naturaleza, en principio, es simple y trata de aclarar, ante la indeterminación normativa existente, qué órgano jurisdiccional resulta competente para acordar las órdenes de busca y captura en relación con aquellos internos de Centros penitenciarios que dejan de reintegrarse a la disciplina carcelaria tras haber disfrutado de un permiso ordinario o extraordinario concedido por el Juez de Vigilancia o por la Administración Penitenciaria. Pese a la apa-

rente simplicidad la cuestión presenta perfiles de cierta complejidad.... el Juez de Vigilancia se configura, a la vista de las funciones que le atribuye el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, como órgano jurisdiccional con un doble carácter; ejecutor de las penas y garante de los derechos fundamentales de los internos. El hecho de compartir con la Administración algunas atribuciones (aprobación de sanciones, autorización de permisos) llevó a algunos autores a apuntar su doble naturaleza, jurisdiccional y administrativa. Pero el criterio que ha terminado imponiéndose es el que considera a tales jueces como una rama especializada de la jurisdicción ordinaria, asumiendo el principio de que el propósito del legislador, en armonía con el artículo 117.3 de la Constitución Española, fue el de judicializar la ejecución de las penas privativas de libertad. En cuanto ejecutor de las sentencias de la jurisdicción penal, el Juez de Vigilancia constituye una prolongación de ésta; en cuanto protector de los derechos de los internos, viene a sustituir en este ámbito a la jurisdicción contenciosa - administrativa.... En otro orden de cosas, la competencia para ejecutar las sentencias que dicta un Juzgado de lo Penal, haya existido o no recurso de apelación, corresponde al Juzgado que dictó la sentencia en primera instancia, al igual que ocurre en los juicios de faltas y en los referentes a los delitos de cuyo enjuiciamiento conocen las Audiencias u otro Tribunal Superior. Así lo disponen los artículos 984 a 986 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, más específicamente, en cuanto a los Procedimientos Abreviados, el artículo 794. Añadirá el artículo 987 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que “cuando el Tribunal a quien corresponda la ejecución de la sentencia no pudiese practicar por si mismo todas las diligencias necesarias, comisionará al Juez del partido o demarcación en que deban tener efecto para que las practique”. Sólo en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos puede quebrarse tal principio, pues la competencia para ejecutar la sentencia será siempre y en todo caso del Juzgado de lo Penal, incluidos los supuestos en que la sentencia se hubiera dictado de conformidad por el Juez de Guardia, pues así lo dispone el artículo 803.4 de la Ley ritualia.

Es claro, desde los preceptos indicados, que la competencia derivada de un incidente de ejecución trascendental, cual es el quebrantamiento de condena o el no reingreso del penado al Centro tras el disfrute de un permiso, constituye materia propia y genuina de ejecución que, escapando a la finalidad auténtica de reeducación y resocialización y no estando atribuida al Juez de Vigilancia, de forma específica en la Ley penitenciaria,



debe ser resuelta, con carácter general, por el Tribunal sentenciador... por tanto, tendrá competencias para decretar la orden de busca el Juez que conozca de la causa por quebrantamiento de condena -y por su delegación antes el Juez de Guardia-, que naturalmente la dejará sin efecto en cuanto sea hallado el penado evadido, y, entre el Juez de Vigilancia y el Tribunal sentenciador, que son los que plantean la cuestión negativa de competencia, pese a la dificultad que el juicio entraña, éste último por las razones expuestas. Sería conveniente, no obstante, que la solicitada Ley procesal del Juez de Vigilancia, cada vez más necesaria para delimitar su ámbito de actuación adjetiva, en relación con las jurisdicciones a las que prolonga o sustituye -penal y contencioso-administrativa- aclararse con nítidos perfiles la competencia debatida.

Consecuentemente, entendemos que la competencia para acordar la orden busca y captura del penado corresponde al Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia.”

Por providencia de fecha 2 de febrero de 2009 se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 4 de marzo de 2009 para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

## **II: Razonamientos jurídicos**

De las actuaciones se deduce que el penado, interno en el Centro Penitenciario Madrid II, que se encontraba clasificado en tercer grado, obtuvo de la Junta de Tratamiento penitenciarlo, permiso ordinario de fin de semana, que comenzó a disfrutar el 29-08-08 -viernes-, a las 17 horas y que debería haber concluido el 01-09-08 -lunes-, a las 10 horas, el permiso de salida fue concedido conforme a lo dispuesto por el artículo 161.1 del vigente Reglamento Penitenciario. Llegada la época de vencimiento del mismo, el interno no se reintegró al Centro ni a la disciplina penitenciaria.

Dado el no reingreso voluntario, la Administración penitenciaria comunicó tal circunstancia a los Juzgados de Guardia y de Vigilancia Penitenciaria y a las Fuerzas de Seguridad del Estado. El Juzgado de Vigilancia nº 1 de Madrid, por Providencia de 3 de septiembre de 2008, acordó comunicar el posible quebrantamiento de condena al Tribunal sentenciador para que fuese éste el que cursara la orden de busca y captura, puesto que no se consideraba competente para hacerlo por sí mismo en virtud de sus atribuciones legales.

El Juzgado de lo Penal nº13 de Valencia, por resolución de 8 de septiembre de 2008, recibida la anterior comunicación, la devolvió al Juez de Vigilancia remitente, al no aceptarse la competencia deferida, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, no reintegrado el penado tras un permiso que no fue concedido por dicho juzgado -el de Valencia-, tal competencia debería recaer en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es quien debe conceder o controlar los permisos penitenciario que otorgue la Administración penitenciaria a los internos sometidos a vigilancia y quien a su vez tiene atribuidas las competencias del Tribunal sentenciador en orden a asegurar el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Ante la devolución, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sobre la base de los artículos 51.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 46 y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con fecha 22 de septiembre de 2008, elevó Exposición Razonada.

La cuestión de competencia negativa debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia de la exposición razonada y testimonios, deducimos que se trata de establecer el órgano competente para acordar las órdenes de busca y captura en relación con aquellos internos en Centros Penitenciarios que dejan de reintegrarse a la disciplina carcelaria tras haber disfrutado de un permiso ordinario o extraordinario concedido por el Juez de Vigilancia o por la administración penitenciaria. Examinadas las competencias de los Jueces de Vigilancia el artículo 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que “los internos deberán permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación”, por lo que en aquellos supuestos en que se hubiese producido la evasión, fuga o quebrantamiento de condena, corresponde al Tribunal sentenciador a cuya disposición se encuentran los internos cursar las órdenes necesarias para su reingreso en la cárcel, en cuyo caso el Juez de Vigilancia recuperará su competencia especializada y ello es así porque el penado lo es por resolución del Tribunal sentenciador, que es el que aprueba la liquidación de condena, el inicio del cumplimiento, el que ordena el ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena -artículo 15 de la Ley Orgánica General Penitenciaria- el que declara el licenciamiento definitivo, el que ordena la excarcelación por cumplimiento -

artículo 17.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria- el que acuerda la extinción por muerte, indulto, cumplimiento de la pena, o prescripción de la misma, y por ello es coherente sostener que ante un quebrantamiento de la pena sea el que ordene y acuerde la vuelta a la prisión cursando las órdenes de busca y captura, porque “a su disposición se encuentra el penado hasta el momento de su liberación” -artículo 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria-, lo que tiene también una traducción funcional. Criterio que permite distinguir con suficiente nitidez las competencias del Juzgado de Vigilancia, que se proyectarán sobre la forma de ejecución de la pena, y la del Tribunal sentenciador, en relación con las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad que sean ajenas a lo anterior, es decir, como señala el Ministerio Fiscal, debe distinguirse el ámbito de la competencia “interna” y “externa”.

Por otra parte, es cierto que el artículo 76.2.a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria se refiere a las competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, fijando especialmente como atribución de los mismos “adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores”. Pero ello debe ser entendido desde la perspectiva de la función que a los Jueces de Vigilancia atribuye la legislación penitenciaria, es decir, hacer cumplir la pena impuesta, que tiene como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad (artículo 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria), resolver los recursos referentes a las modificaciones que puede experimentar dicho cumplimiento, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Por otra parte, una interpretación literal de la expresión “todas” es indudablemente incompatible con las competencias que están atribuidas a los Tribunales sentenciadores señaladas en el párrafo anterior y que indudablemente tienen que ver en sentido amplio también con la ejecución de las penas privativas de libertad. Así las cosas, mientras el Legislador no lleve a cabo con mayor precisión la distribución de competencias o atribuciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y del órgano sentenciador, el Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia tiene la competencia para decretar la orden de busca del penado evadido.

### **III. Parte dispositiva**

Dirimir la cuestión de competencia negativa otorgando la misma al Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia (ejecutoria 2989/07) al que se le comunicará esta resolución así como al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid (Procedimiento 900/08) y al Ministerio Fiscal.

## **56.- AUTO DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 16/12/09**

**Cuestión de competencia: autorización de salidas terapéuticas durante el cumplimiento de medida de seguridad de internamiento.**

Con fecha 8 de septiembre se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición razonada acompañada de testimonios de expediente de medida de seguridad nº 2 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Cataluña planteando cuestión de competencia con la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª pieza de ejecución 70/05, acordándose por providencia de 24 de septiembre, formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal por escrito de 14 de octubre dictaminó: "...La cuestión de competencia planteada debe ser resuelta acordando la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por varias razones.

En primer lugar, porque existe un precedente jurisprudencial, que en un caso idéntico resolvió, en sentido contrario al que pretende el Juzgado de Vigilancia. En efecto, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 14 de Marzo de 2007..... En el mismo sentido se ha pronunciado el reciente Auto del Tribunal Supremo de fecha 8 de Octubre de 2009."

Por providencia de fecha 20 de noviembre se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 15 de diciembre para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

La controversia competencial se centra en determinar cual es el órgano competente para la autorización de salidas terapéuticas del Hospital

Psiquiátrico del penado M.A.M. que cumple una medida de seguridad de internamiento, bien el Tribunal sentenciador o bien el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del lugar del cumplimiento.

El Juzgado de Vigilancia número 5 de Barcelona, que ha planteado la cuestión de competencia negativa, sostiene que la competencia para la autorización de dichas salidas del penado, que cumple la medida de internamiento en el Psiquiátrico Alonso dependiente de la Dirección General de Ejecuciones Penales de la Generalitat de Cataluña, corresponde al Tribunal sentenciador, en primer lugar, porque los artículos 97 y 105 del Código Penal atribuyen la competencia general para la ejecución de las medidas de seguridad al órgano judicial sentenciador y, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, funciones de propuesta o informe; y, en segundo lugar, porque el artículo 101.2 del Código Penal establece que el sometido a medida de seguridad privativa de libertad no puede abandonar el establecimiento en el que esté internado sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, sin que el Código distinga entre abandono temporal o definitivo y, teniendo en cuenta que las medidas de seguridad pueden ir modificándose en función de los resultados del tratamiento, todos los abandonos por modificación o sustitución de la medida son temporales, siendo éste uno de los supuestos previstos en el artículo 97 del Código Penal.

La cuestión de competencia debe ser resuelta a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Cataluña, como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala (ver autos de 14.3.07 cuestión de competencia 20573/06; y de 8.10.09 entre otros). Así el artículo 97 del Código Penal, atribuye al órgano sentenciador la decisión sobre el mantenimiento, sustitución o suspensión de las medidas de seguridad previo informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria, decisión que, en ningún caso, incluye los permisos de salida terapéutica, que no suponen la modificación de la medida impuesta y que en la legislación penitenciaria son competencia del Juez de Vigilancia. Por otro lado, cuando el artículo 101.2 del Código Penal establece que el sometido a la medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, conforme a lo establecido en el artículo 97 del Código Penal, no se está refiriendo, evidentemente, a los permisos de salidas temporales, sino al abandono definitivo del establecimiento por cumplimiento de la medida, sustitución o suspensión, decisión que compete, única y exclusivamente al Tribunal

sentenciador, al igual que el licenciamiento definitivo de un interno en un Centro Penitenciario ordinario de cumplimiento, sólo puede aprobarlo el órgano sentenciador y no el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Por último, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le corresponde ejercer las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la Ley de la provincia o territorio correspondiente a su demarcación.

La Sala acuerda: Dirimir la cuestión de competencia negativa otorgando la misma al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Cataluña (Exp. Medida de Seguridad 2) al que se le comunicará esta resolución así como a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Pieza de ejecución 70/05) y al Ministerio Fiscal.

## **57.- AUTO DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 08/10/09**

**Cuestión de competencia. Seguimiento y control de la medida de tratamiento externo competencia del tribunal sentenciador.**

Con fecha 3 de junio pasado se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo, exposición razonada acompañada de testimonio de las MSE 312/07 del Juzgado de Vigilancia nº 1 de Valladolid, planteando cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, ejecutoria 180/03

El Ministerio Fiscal por escrito de 7 de julio, dictaminó: "...con cita de los artículos 97 y 107 del Código Penal, que el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad corresponde al Tribunal Sentenciador y las privativas de libertad, conforme a los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, excluyendo la aplicación del artículo 21 del Real Decreto

antes citado.

A la vista de todo lo que antecede, el Fiscal considera que la cuestión suscitada debe de ser resuelta atribuyendo la competencia al Juzgado de lo Penal de Zaragoza.”

Por providencia de fecha 7 de septiembre se acordó siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 7 de octubre para deliberación y resolución, lo que se llevó efecto.

La cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Castilla León y el Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, tiene su base en el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad impuestas a Elsa, consistentes en tratamiento psiquiátrico ambulatorio durante cinco años.

El Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza entiende que conforme al artículo 21 del apartado 1 del Real Decreto 515/05 la intervención y seguimiento de medidas de seguridad corresponde a los servicios sociales penitenciarios del lugar de residencia del penado, sin hacer distinciones entre medidas privativas y no privativas de libertad. El Juzgado de Vigilancia con cita del auto de esta Sala de 14.3.07 entiende, que el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad corresponde al Tribunal sentenciador y las privativas de libertad al Juzgado de Vigilancia.

La cuestión de competencia planteada debe de resolverse a favor del Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, conforme lo peticionado por el Ministerio Fiscal ante esta Sala (ver auto nº 20573/06 de fecha 14/03/07). Del contenido de los artículos 97 y 105 del Código Penal se desprende que el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad corresponde al Tribunal sentenciador (Penal 4 de Zaragoza) y corresponde a los jueces de vigilancia penitenciaria, la vigilancia de las medidas de seguridad privativas de libertad, conforme a los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 26-09-79 que se refiere, en todo caso a internos. Sin que sea de aplicación el art. 21 del Real Decreto 515/05 de 06-05-05, pues su artículo 21 se refiere a medidas de seguridad de internamiento, lo que no parece aplicable al caso.

Por lo expuesto atribuir la competencia al Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, como tribunal sentenciador, para el seguimiento y control de la medida de seguridad de tratamiento externo, ambulatorio, impuesta a Elsa

en su sentencia de 24-10-02, al que los servicios de asistencia social le remitían la documentación y sin perjuicio de la propuesta que el Juzgado de Vigilancia nº 1 de Castilla-León, con sede en Valladolid, deba hacer anualmente, conforme al art. 105 del Código Penal.

La Sala acuerda:

Acuerda atribuir la competencia al Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza (ejecutoria 180/03), al que se le comunicará esta resolución, así como al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Castilla-León con sede en Valladolid (M.S.E. 313/07) y al Ministerio Fiscal.

## **58.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 12/03/09**

### **Audiencia de los internos.**

Se ha solicitado audiencia por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.S.M., constando que el mismo fué visto en Audiencia en fecha 11/02/09.

Producida la situación descrita en el hecho anterior, notifíquese al referido interno que por razones operativas de este Juzgado, se ha programado que cada interno tenga 1 audiencia cada 3 meses por lo que recibido en la fecha anteriormente reseñada, no ha lugar de momento, debiendo solicitarlo más adelante si le conviniese, sin perjuicio de que remita la queja en concreto por escrito en sobre cerrado. Verificado lo anterior, procede acordar el Archivo definitivo de éste expediente, caso de conformidad con el Ministerio Fiscal.

Se acuerda el archivo definitivo del presente expediente. Dése traslado al Ministerio Fiscal y, devuelto con su conformidad, llévese a efecto lo ordenado, dándosele de baja en los libros y fichero correspondiente. Notifíquese la presente al interno.



# **CAPÍTULO 9**

## ***LIBERTAD CONDICIONAL***



## **CONCESIÓN**

### **59.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 21/09/09**

#### **Concesión “pese a no tener trabajo”.**

Con fecha 4-9-2009 se recibió expediente de Libertad Condicional respecto del interno L.L.L. remitido por el CIS Victoria Kent.

Dispone el artículo 90 del Código Penal que:

Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- Que se encuentren en tercer grado de tratamiento penitenciario.
- Que hayan extinguido las 3/4 partes de la condena impuesta.
- Que hayan observado buena conducta y existan respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente código.

El artículo 93 del Código Penal dispone que el periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, 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.

En el presente caso consta acreditado que:

- El interno L.L.L. cumple condena en virtud de la ejecutoria: nº 91/03 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª)
- Las 3/4 partes de su condena las cumplió el día 31/07/2009.
- Está clasificado en tercer grado de tratamiento con fecha 25/9/2008.
- Cuenta con un informe favorable de integración social, en los términos que exige el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ya que aunque la Junta de Tratamiento del Cis Victoria Kent en su sesión de 27 de agosto de 2009, se pronunció desfavorablemente sobre el pronóstico de comportamiento futuro en libertad del citado interno, sin embargo en las actuaciones existen datos suficientes como para considerar que tal conclusión no es acertada.

El interno L.L.L. presenta una conducta adaptada, ha disfrutado de permisos de salida sin incidencias, no presenta conductas adictivas y cuenta con el apoyo y la acogida de su pareja. Este último aspecto ha sido comprobado por el Trabajador Social de ése Juzgado, el cual en su informe hace constar que la esposa del penado, reúne las condiciones idóneas para acoger y ayudar al interno, pues las relaciones entre ellos son estables y cordiales.

Todas esas circunstancias favorables hacen que en opinión de éste tribunal el interno L.L.L., reúne las condiciones adecuadas que exige el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, como para considerar que el mismo tiene un pronóstico favorable de integración social, ya que el carecer de una actividad laboral en el exterior, no puede ser en estos momentos, un motivo determinante para denegar la libertad condi-

cional, pues un número elevado de la población en edad productiva, se encuentra en la actualidad sin poder trabajar por carecer de un puesto de trabajo. En este caso aunque no cuenta el penado con un trabajo, sin embargo el resto de sus circunstancias le son favorables para otorgarle su libertad condicional.

A tenor de lo dispuesto en los preceptos antedichos procede concederle a L.L.L. los beneficios que conlleva la libertad condicional, siempre y cuando que durante la misma cumpla las condiciones que se indican en la parte dispositiva de esta resolución.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Se concede la libertad condicional al interno L.L.L. respecto de la ejecutoria nº 91/03 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª).

Debiendo cumplir durante el tiempo que permanezca en tal situación las siguientes medidas:

- Obligación de acudir, cuando sea citado para ello, a las dependencias que el SAJIAD (Servicio de Asesoramiento a Jueces y Atención a Drogodependientes) tiene en el edificio de los Juzgados de plaza Castilla, con objeto de que desde ese servicio se elabore un programa de intervención individualizado respecto del liberado condicional antes mencionado, para abordar y tratar lo motivos por los que L.L.L. cometió el delito por el que ahora cumple condena.

En la elaboración de ese programa se tendrá en cuenta las circunstancias personales, familiares y laborales de la citada persona con objeto de hacer compatible esas circunstancias con las actividades e intervenciones que se fijan en el mencionado programa, el cual una vez elaborado será remitido a este juzgado para su aprobación.

Remítase con atento oficio remisorio una fotocopia de la sentencia condenatoria al SAJIAD, así como los datos personales del referido liberado condicional, indicando a dicho Servicio la fecha en la que finaliza su condena, para que pueda ser citado. La citada documentación se remitirá una vez que sea firme el presente Auto.

- Acogida y custodia por parte de su pareja, debiendo residir en el domicilio que se ha designado en el presente expediente.

- Seguimiento y control por parte de los servicios sociales penitenciarios, los cuales, al menos cada tres meses (artículo 83.2 del Código Penal) informarán a este juzgado, sobre si el liberado condicional cumple debidamente las anteriores medidas.

La presente resolución NO es ejecutiva, conforme a las normas procesales vigentes (apartado 5 de la Disposición Adicional 5a de la Ley Orgánica 6/85, según redacción dada por Ley Orgánica 7/2003 de 30 de Junio).

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Centro Penitenciario y entréguese copia al interno y remítase a este Juzgado vía fax y a la mayor brevedad certificación acreditativa de dicha notificación. Hágase saber al interno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, caso de de interponer Recurso de Reforma, será necesario que el mismo esté firmado por Letrado. De no tener Letrado designado particularmente, deberá dicho interno solicitar a este Juzgado que se le nombre de oficio, en cuyo caso se paralizará el plazo para formalizar el recurso

Remítase esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos oportunos.

## **CONDICIONES DE DISFRUTE**

### **60.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 20/11/09**

**Autoriza al penado a viajar a Portugal (15 días) durante la libertad condicional.**

Por el liberado condicional, A.R.M.G.B., a través del C.I.S, se remitió a este Juzgado, escrito manifestando que le sea concedida autorización para viajar a Portugal, por un periodo de 15 días, para visitar a sus fami-

liares, siendo el lugar de residencia la Rúa de Alecrin, n° 23 de Rio de Mouro en Sintra.

Remitida la petición al Ministerio Fiscal, evacua el traslado informando que no se opone a que se conceda al mismo la autorización judicial solicitada.

A tenor de lo establecido en el artículo 90.2 en relación con los artículos 83 y 96.3 del vigente Código Penal, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, al decretar la libertad condicional de los penados, con posterioridad, durante su disfrute, imponerles la observancia de una o varias de las medidas señaladas en el segundo precepto citado, y ello con el fin de una parte, de efectuar un seguimiento de la evolución de los mismos en libertad en relación con los sectores o rasgos de su personalidad de que traiga causa su actividad delictiva y, de otra, promover, facilitar y favorecer su proceso de reinserción social, laboral y familiar en forma normalizada y evitar la recaída en el delito, pudiendo dejar sin efecto alguna de las reglas de conducta impuestas si se estimara innecesaria o acordar su sustitución por otra más adecuada a las circunstancias personales del liberado, o inclusive, modificarlas para ajustarlas a situaciones nuevas sobrevenidas o simplemente para atemperar o disminuir controles por el buen comportamiento demostrado.

En el presente caso, a la vista del informe de ADSIS de 23-10-09 y de los Servicios Sociales Penitenciarios de Salamanca de 04-11-09, procede autorizar al liberado condicional a realizar viaje a Portugal, por un periodo de 15 días, para visitar a sus familiares, siendo el lugar de residencia la Rúa de Alecrin, n° 23 de Rio de Mouro en Sintra con observancia de las reglas de conductas impuestas en el auto de concesión de la libertad condicional de fecha 12-08-09, debiendo realizar las presentaciones antes de iniciar el viaje y al regreso de éste.

Se autoriza al liberado condicional, A.R.M.G.B. a viajar a Portugal, por un periodo de 15 días, para visitar a sus familiares, siendo el lugar de residencia la Rúa de Alecrin, n° 23 de Rio de Mouro en Sintra, con observancia de las reglas de conducta impuestas en el auto de concesión de la libertad condicional y realizando las presentaciones ante los Servicios Sociales Penitenciarios antes de la salida y al regreso.

## **NO CONCESIÓN**

### **61.- AUTO DE J.UZGADO CENTRAL VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/12/09**

#### **Se deniega por no ser favorable el pronóstico final.**

Por el Centro Penitenciario de Topas se ha remitido a este Juzgado expediente relativo a la concesión del beneficio de libertad condicional al penado L.G.F. en sentido a su concesión. Dado traslado al Ministerio Fiscal ha informado en sentido desfavorable a la concesión del beneficio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- 1.- Que se encuentren en al tercer grado de tratamiento penitenciario.
- 2.- Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena.
- 3.- Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Pues bien, de los datos obrantes en el expediente debe necesariamente concluirse que el interno no cumple ese último requisito, como se desprende del informe pronóstico final del Equipo de Observación y Tratamiento, por lo que procede denegar la libertad condicional.

No existe un pronóstico favorable de reinserción social fundamentado en que aunque cuenta con acogida institucional (el capellán del Centro Penitenciario), resulta ser un interno extranjero que carece de vinculación familiar y social en España, siendo, en este momento, las posibilidades de reinserción escasas a la vista de las acreencias referidas unido todo ello a las dificultades para obtener el NIE, documento imprescindible para acceder al mercado de trabajo o acceder a las prestaciones por excarcela-



ción, circunstancias todas ellas que impiden garantizar un comportamiento alejado de la vida delincinencial, garantías que deben concurrir para la concesión del beneficio de libertad condicional.

Por todo ello, procede denegar la concesión del beneficio de libertad condicional al penado sin perjuicio de, caso de que se modifique a favorable por el Centro Penitenciario el informe de pronóstico referido o en el plazo que dispone el art. 105.1 del Reglamento Penitenciario se eleve nuevo expediente por la Junta de Tratamiento.

Se deniega la concesión del beneficio de libertad condicional al penado L.G.F. interno del Centro Penitenciario de Topas.

## **62.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CEUTA DE FECHA 22/07/09**

**Considera la libertad condicional un “beneficio excepcional”.**

A tenor del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1/1979 de 26 de septiembre, por el que se establece las atribuciones y competencias propias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en relación con los preceptos contenidos en los artículos 26, 94, 95, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecen las normas de competencia territorial, objetiva y funcional de los Órganos Jurisdiccionales, procede a entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión sometida.

La libertad condicional es un beneficio penitenciario previsto en el artículo 90 del Código Penal y regulado también en los artículos 91 y 93 del mismo en relación con el artículo 194 del Reglamento Penitenciario. Se trata del último escalón en el sistema progresivo de tratamiento del penado para quien ha demostrado que no necesita más su permanencia en prisión -privación de libertad- por haber alcanzado un alto grado de resocialización para que termine el cumplimiento del último tramo de su condena (la última cuarta parte, artículo 90.2º excepcionalmente la última tercera parte artículo 91 ambos del Código Penal) en libertad con las condiciones que le hayan podido ser impuestas.

Así pues, se trata de la última fase de ejecución de la pena, durante la cual el penado habrá de estar bajo la vigilancia y tutela de los servicios sociales penitenciarios y observar las reglas de conducta que le hayan sido impuestas (artículo 90 del Código Penal en relación con el artículo 105 l.a) del mismo) que establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- 1.- Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- 2.- Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- 3.- Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

El artículo 93 del Código Penal dispone que si el penado no observare las reglas de conducta impuestas el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad condicional concedida y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

A la vista de la normativa expuesta, se pueden resumir los requisitos para la concesión del beneficio excepcional que se propone en: 1) la existencia de una condena privativa de libertad conforme al Código Penal de 1995, 2) buena conducta, 3) pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, 4) tener satisfecha la responsabilidad civil del delito o falta, (en relación con los artículos 90.1 y 81.3 sobre suspensión de la ejecución de la pena, ambos del Código Penal, y 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) 5) la clasificación en tercer grado penitenciario, 6) tener cumplidas las dos terceras partes de la condena, 7) desarrollar continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, 8) no tratarse de condena por delito de terrorismo o cometido en el seno de organizaciones criminales.

El procedimiento se inicia por la Junta de Tratamiento, que remitirá al Juez expediente con certificación acreditativa del conjunto de actividades y calificaciones obtenidas (Instrucción 12/2006 de 28 de julio). Ya la concesión de la libertad condicional una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena es excepcional (artículo 90 del Código Penal), por lo que la concesión del beneficio cumplidos sólo los dos tercios tiene carácter abso-

lutamente excepcional pues, al igual que la previsión contenida en el artículo 91.2 del Código Penal sobre posibilidad de una vez extinguida la mitad de la condena adelantar la libertad condicional noventa días por año transcurrido de cumplimiento efectivo, “supone un plus sobre un beneficio que ya de por sí debe concederse sólo excepcionalmente” (punto 142 de los Criterios de Actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007 mediante texto refundido, depurado y actualizado a 1 de Enero de 2008).

Si el tercer grado de tratamiento penitenciario, cuando el penado tiene trabajo o una actividad retribuida o comercial o negocio propio, permite al interno su salida diaria y permisos de fin de semana, reduciéndose su presencia en el centro a dormir en el mismo durante cuatro noches a la semana, es claro que la libertad condicional considerada como el último escalón en el tratamiento penitenciario, deberá proponerse y procederá su concesión cuando durante tal período suficiente, dadas las circunstancias concurrentes, se llegará al aproximado convencimiento de la reinserción del sujeto en la sociedad, con pronóstico individualizado favorable con un juicio de probabilidad criminal reducido.

En el presente caso el condenado C.A.S.M. lo fue en Sentencia dictada por la Ilma. Sección IV de la Audiencia Provincial el día 26 de julio de 2005, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa (delito grave, artículo 33 del Código Penal), por hechos consistentes, en esencia, en que siendo militar, el día 12 de septiembre de 2003, en un encuentro entre dos grupos de soldados profesionales con el fin de dirimir antiguas rencillas, con un cuchillo de grandes dimensiones y con intención de causar la muerte a otro, o al menos aceptando dicha clara posibilidad, se lo introdujo en la zona alta del abdomen, huyendo el agredido, quien fue auxiliado por un motorista que lo condujo a un hospital, imponiéndosele a C.A.S.M. una pena de cinco años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y la de acudir a su lugar de residencia durante dos años, debiendo indemnizar al perjudicado en la cantidad de 5.470 Euros, condenándosele además al pago de la cuarta parte de las costas.

Se practicó liquidación el 2 de Octubre de 2006, con abono de 173 días, estando prevista la fecha de cumplimiento en 21 de marzo de 2011.

Actualmente se encuentra en tercer grado, habiendo progresado por resolución de 28 de mayo de 2008, y en la modalidad de medios telemáticos con control presencial inicial dos veces al día en el centro, y pasando a una segunda fase con controles quincenales a través de entrevistas, desempeñando un puesto de trabajo como camarero, y vive en la casa cuartel de la Guardia Civil con su padre. Las tres cuartas partes de la condena está previsto se cumplan el día 20 de diciembre de 2009. Tiene pronóstico favorable de reinserción social.

Se adjunta un compromiso de pago de la responsabilidad civil firmada por el condenado el 13 de septiembre de 2007, en cantidad mensual de veinte Euros, sin perjuicio de las variaciones si mejorara de fortuna, "...y en su caso incrementar dicha cuantía en atención al aumento de mis ingresos económicos derivados de la actividad laboral que pueda desempeñar en el futuro...".

Ha desempeñado las labores de auxiliar de lavandería y de biblioteca, con puntuaciones "destacada" y "excelente", y ha seguido el curso académico que se imparte en el aula del centro, ha salido a jugar al fútbol y ha asistido a la Romería de "El Rocío". Ha realizado un curso formativo en la rama de electricidad entre mayo y octubre de 2008, con salidas regulares de lunes a viernes y obteniendo titulación.

Valorando conjuntamente las circunstancias expuestas, la gravedad del delito por el que fue condenado, los amplios beneficios de los que ya disfruta el hecho de no tener pagados los 5.470 Euros de responsabilidad civil (artículo 90 del Código Penal), pareciendo realizar pagos fraccionados por importe testimonial y, ello a pesar de que al parecer se encuentra trabajando, así como las actividades realizadas, hacen que no concurran con la fuerza suficiente los requisitos necesarios para que se conceda un beneficio "excepcional" dentro de la excepcionalidad.

Dispongo No aprobar la propuesta de libertad condicional del interno C.A.S.M. sin perjuicio de que en cuanto se cumplan los requisitos que exige el artículo 90 del Código Penal respecto del citado interno pueda incoarse nuevo expediente.

## **REVOCACIÓN**

### **63.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BILBAO DE FECHA 16/01/09**

#### **Revocación de libertad condicional por nueva causa.**

Por auto con fecha 6 de noviembre de 2006 dictado en el expediente de este juzgado nº 3585/06 se aprobó la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Basauri al interno F.D.T. el cual cumplía condena por la/s causa/s Ejecutoria 163/00 de la Audiencia Provincial de Vizcaya Sección 2a (Rollo 33/99) siendo puesto en libertad el 6 de noviembre de 2006.

En fecha 15/01/2009 se recibe en este Juzgado comunicación del Centro Penitenciario de Basauri informando que ha recaído nueva sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Barakaldo Ejecutoria nº 407/08 por hechos ocurridos el 24 de abril de 2007, adjuntándose copia de sentencia.

De los distintos informes emitidos por Centro Penitenciario de Basauri, se concluye que el liberado condicional incumplió el auto de libertad condicional, toda vez que ha recaído nueva sentencia condenatoria por hechos cometidos por el liberado condicional el día 24 de abril de 2007, fecha posterior a la de su puesta en libertad condicional el día 6 de noviembre de 2006. Por ello en aplicación del artículo 93 del Código Penal y con la confirmación del Ministerio Fiscal procede acordar la revocación de su libertad condicional y su reingreso en prisión.

Revocar la libertad condicional concedida al interno F.D.T. en la causa/s Ejecutoria 163/00 de la Audiencia Provincial de Vizcaya Sección 2ª (Rollo 33/99) con efectos del día de la fecha, debiendo de reingresar en prisión. Líbrese comunicación al Director del Centro Penitenciario de Basauri.

Líbrese certificación al Sr. Responsable de los Servicios Sociales Penitenciarios de Basauri. Líbrese oficio y mandamiento a la Comisaría

Central de la Ertzaintza sito en Erandio a fin de que se proceda a la detención e ingreso en prisión.

Vista la anterior comparecencia realizada por el penado F.D.T., así como el informe elaborado por los Servicios Sociales de Bilbao, se acuerda por este Juzgado mantener la revocación de la libertad condicional acordada por Auto de fecha 16-01-09, debiendo sin embargo una vez ingrese en prisión, de forma voluntaria, el próximo lunes día 09-02-09, no más tarde de las 22 horas, de continuar en 3º grado artículo 83 del Reglamento Penitenciario, a fin de que pueda desempeñar su actividad laboral y sostener las cargas familiares.

#### **64.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 06/02/09**

##### **Revocación de libertad condicional por “documentación falsa”.**

En virtud de Auto de 14 de noviembre de 2008 se aprobó la propuesta de Libertad Condicional, formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas en su sesión del día 23 de octubre de 2008, una vez cumplidas las 3/4 partes de la condena, con fecha 8 de diciembre de 2008, a favor del interno J.P.d.R.D., condicionada al cumplimiento del artículo 197 del Reglamento Penitenciario, al objeto de que dicha libertad se disfrute en el país fijado, Portugal.

La policía de Salamanca (GOE) ha comunicado que la documentación aportada por el interno (según comunicación de la policía portuguesa) pertenece a otra persona, a la que le fue robada en Portugal, no reconociéndolo las autoridades portuguesas como ciudadano portugués. Dicha documentación, que se encuentra manipulada, es falsa.

El interno, pues, ha presentado a sabiendas una documentación que es falsa, engañando a los miembros del equipo de Tratamiento, no haciéndose merecedor de la confianza depositada en él. Por ello, por su evidente maniobra fraudulenta, no podemos hablar de buena conducta, ya que toda su actuación está basada en un engaño, lo que determina que se deje sin

efecto la Libertad Condicional, al amparo del artículo 90 y siguientes del Código Penal, para que la Junta de Tratamiento pueda proponer la regresión de grado del interno.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 5 de enero de 2009.

Debo dejar y dejo sin efecto la libertad condicional al interno J.P.d.R.D., aprobada por Auto de fecha 14 de noviembre de 2008, por las razones que aparecen en la Fundamentación Jurídica de la presente resolución.

#### **65.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 20/11/09**

**Revocación de la libertad condicional al dejar de concurrir la buena conducta (artículo 90.1 del Código Penal) por sanciones.**

Por auto de fecha 16-08-2009 dictado en la pieza de Libertad Condicional nº 280/09-01 se aprobó la propuesta de libertad condicional a favor del interno T.R.del Centro Penitenciario de Topas.

Por el mismo Centro penitenciario de Topas se remitieron informes relativos a la reiterada mala conducta del interno, que había dado lugar a ser sancionado en más de dos ocasiones.

Se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de que procede revocar el beneficio de la libertad condicional,

Es procedente revocar los beneficios de la libertad Condicional a todo penado que en dicho periodo vuelva a delinquir o inobservare las reglas de conducta impuestas, según determina el artículo 93 del Centro Penitenciario, en relación con el artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y concordantes, así como con el artículo 201-2 del Reglamento Penitenciario, por lo que, en consecuencia, procede revocar al penado dicho beneficio.

En efecto, la libertad condicional se revocará en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal y además cuando dejaren de concurrir los presupuestos que permitieron su concesión.

En concreto, cabe la revocación de la libertad condicional por mala conducta penal, al dejar de concurrir la buena conducta exigida en el arto.90.1 del Código Penal.

El interno de referencia tiene concedida la libertad condicional para ser disfrutada en Francia.

Una vez concedida la misma y antes de hacerse efectiva, cometió faltas disciplinarias que fueron objeto de sanción.

La Junta de Tratamiento propuso a este Juzgado que no se hiciera efectiva la salida en libertad condicional hasta la cancelación de las sanciones, a lo que se accedió.

Una vez canceladas las sanciones y no habiendo aún salido el interno en libertad condicional (se estaba gestionando su billete), el interno ha vuelto a cometer hechos que han sido objeto de expediente disciplinario (agresión y posesión de dinero de curso legal), lo que evidencia una reiterada mala conducta que obliga a la revocación de la libertad condicional. Así queda acreditado con los partes del jefe de Servicios y de los funcionarios intervinientes.

Igualmente entendemos que ya no concurre un pronóstico favorable de reinserción social (artículo 90.1-c del Código Penal).

En el mismo sentido se ha manifestado el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 18-11-2009.

Se acuerda la Revocación de la libertad condicional concedida al penado T.R.



## **66.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BILBAO DE FECHA 13/02/09**

**No revocación pese a cambiar fechas de cumplimiento por aplicación de la “doctrina Parot”.**

### **ESCRITO DEL DIRECTOR DEL CENTRO PENITENCIARIO**

El interno cumple condena de 30 años impuesta en S° 2/91 A.P. Burgos y acumuladas. Se encuentra en situación de libertad condicional con efectos de fecha 16/07/02. La fecha prevista para la extinción de la condena es la del 21 /02/09.

En cumplimiento de lo establecido de la resolución formulada desde la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, de fecha 09/03/06, esta Dirección remitió a la Autoridad judicial propuesta de licenciamiento definitivo de la pena impuesta al interno, acompañando a la misma una nueva liquidación de condena conforme al nuevo criterio interpretativo del artículo 70 del Código Penal establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 197/06, de 20 de febrero. La nueva liquidación de condena trasladaba la fecha de extinción de la condena impuesta al interno al día 17/02/18 y el cumplimiento de las 3/4 partes de la misma al día 21/11/10. La Autoridad judicial emitió Auto de fecha 09/02/09, en virtud del cual acordó “no aprobar el licenciamiento definitivo del penado... para el día 21/02/09, sino que aplicándose el cómputo de las redenciones, ordinarias y extraordinarias, a dicho penado, 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, al realizarse individualmente en cada una de ellas, fijándose el límite máximo de cumplimiento en treinta años efectivos, es por lo que procede aprobar la propuesta de licenciamiento definitivo para la fecha de 17/02/18”

### **PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

Por recibida la anterior documentación del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, únase al expediente de su razón y visto su contenido y no siendo el caso uno de los previstos por el artículo 93 del Código

Penal, no ha lugar a la revocación interesada por la Dirección del Centro Penitenciario de Nanclares, de modo que estese a lo acordado en auto de fecha 16 de julio de 2002, debiendo de continuar el penado L.P.P. en situación de Libertad Condicional, máxime cuando ha cumplido con todos los requisitos impuestos por este juzgado desde dicha fecha.

# **CAPÍTULO 10**

## ***LIMITACIONES REGIMENTALES***



## **67.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NUMERO 1 DE FECHA 02/02/09**

### **Aplicación indebida del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno C.G.R., formulando queja sobre Aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.

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 previsto en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, 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, y de lo alegado por el interno C.G.R., procede estimar la queja presentada por el mismo, por los motivos que a continuación se indican.

Dentro de las posibilidades que el Centro Penitenciario cuenta para mantener el orden y la seguridad están fundamentalmente las sanciones, la aplicación de medios coercitivos, las limitaciones regimentales y la adopción de medidas cautelares. Así si un interno lleva a cabo una conducta tipificada como falta en el Reglamento Penitenciario deberá tramitarse un expediente disciplinario en la forma y con las garantías previstas en la legislación penitenciaria La segunda posibilidad desarrollada en el artículo 72 del Reglamento, es la aplicación de algún medio coercitivo siempre con las garantías contempladas en el mismo al ser medidas altamente injerentes, garantías que se extienden fundamentalmente a que la

aplicación de dichos medios deberá aplicarse por el tiempo estrictamente necesario y que nunca podrán sustituir una sanción encubierta.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente puede afirmarse que el artículo 75.1 del Reglamento no puede utilizarse para imponer limitaciones regimentales que sean una medida que este expresamente prevista como sanción ni como medio coercitivo ya que teniendo la imposición de sanciones y la aplicación de medios coercitivos unos preceptos específicos que los regulan no cabe acudir a un precepto genérico como el artículo 75.1 para imponer dichas medidas, y más teniendo en cuenta que si se impone a través de este precepto una sanción o se utiliza un medio coercitivo se están eludiendo los límites que la regulación de estas medidas prevé expresamente teniendo en cuenta la gran injerencia de las mismas en los derechos de los internos, ya que así por ejemplo, para la imposición de la sanción de aislamiento en celda por tiempo superior de 14 días se requiere la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2 d) tras la tramitación de un expediente disciplinario con las garantías previstas en la Ley y el Reglamento, y en cambio si se impusiera el aislamiento vía artículo 75.1 bastaría una orden de dirección (artículo 280.2.5ª), pudiéndose eludir así tanto el expediente sancionador como el límite temporal de los 14 días cuyo control compete al Juez.

A la vista de las consideraciones jurídicas que se acaban de exponer, así como los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplados en el artículo 9.3 de la Constitución, cabe concluir afirmando que en el presente caso el interno C.G.R., fue sancionado de forma excesiva, ya que tras permanecer 43 días, en un régimen prácticamente similar al de aislamiento en celda, (saliendo al patio 3 horas diarias), al amparo del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, fue acto seguido sancionado, por los mismos hechos que motivaron la aplicación del artículo citado, con 19 días de aislamiento en celda, durante los cuales salió al patio 2 horas.

Hay que señalar que en la última reunión de jueces de vigilancia penitenciaria, celebrada el pasado año, se aprobó como criterio de actuación nº 106.2 el que a continuación literalmente se copia: “Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, sólo podrán imponerse limitaciones regimentales que no estén previstas como sanción en el artículo 233 del mismo Reglamento Penitenciario”.

Por ultimo hay que señalar que en el presente caso las comunicaciones que el Centro Penitenciario Madrid III dice haber remitido a éste Juzgado el 25-08-2008 y el 6-10-2008, nunca se recibieron en este Juzgado.

Por todo cuanto se acaba de exponer debe estimarse la queja presentada por el referido interno y declarar que al mismo le fue indebidamente aplicado el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario. Debiendo por ello el Centro Penitenciario Madrid III en lo sucesivo, cuando se produzcan incidentes similares a los que sucedieron el 25-08-2008, abstenerse de aplicar el citado artículo, ya que para dar una respuesta eficaz desde la legalidad, ante situaciones graves o incidentes regimentales que se produzcan, en el centro deben utilizarse los artículos 72 o 243 del Reglamento Penitenciario.

Estimar la queja presentada por el interno C.G.R. en los términos indicados anteriormente y declarar en consecuencia que al citado interno le fue indebidamente aplicado el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, debiendo en lo sucesivo el Centro Penitenciario Madrid III abstenerse de aplicar dicho artículo cuando se produzcan situaciones similares a las que se produjeron el 25/08/09.

## **68.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA DE FECHA 23/07/09**

### **La duración indeterminada de la medida no goza de cobertura legal.**

Con fecha 15 de enero de 2009 se recibe escrito del interno A.B.G.G. manifestando que desde el 3-11-2008 se le mantiene la aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario

Con fecha 14-07-2009 se recibe del Centro Penitenciario Madrid IV escrito dando cuenta de que como se refleja en informe remitido por el Centro Penitenciario de Las Palmas de Gran Canaria, este interno ha permanecido en artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario desde el 3 de noviembre de 2008 al 19 de enero de 2009, en el Centro Penitenciario de Arrecife

Las limitaciones que autoriza ese precepto deben aplicarse restrictivamente, ya que se advierte en el propio artículo 75.1, que los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. Procede, por tanto, realizar esa interpretación restrictiva “sobre todo cuando no se realizan a solicitud del interno, ni tienen por finalidad asegurar su persona, pues en caso contrario pueden significar una sanción encubierta sin las garantías que establece el procedimiento sancionador” (Auto 857/02, de 11 de abril, entre otras resoluciones de la Audiencia provincial de Madrid, Sección 5ª y criterio de actuaciones a cuyo acuerdo se llegó en el 17º Seminario de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Jueces Penales de Ejecución, que determinó que al amparo del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario sólo podrían imponerse limitaciones regimentales que no estuviesen previstos como sanción en el artículo 233 del Reglamento Penitenciario). Es decir, debe realizarse una interpretación que asegure la proporcionalidad de la medida con la entidad de los hechos que hubieran dado lugar a ella, así como su temporalidad o carácter provisional, que permiten acomodar su duración a la de los hechos -por definición excepcionales- que hayan sido la ocasión de acordarla.

En el presente caso, si bien es cierto que se comunicaron los motivos por los que fue adoptada la decisión, según el acuerdo remitido el 3-11-2008 la duración de tal medida no ha debido quedar indeterminada hasta que en momento no concretado decida la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lo que estime procedente, o como en este caso, fuera trasladado el interno.

Todo ello, como es claro, sin perjuicio de la procedencia -si lo fuera en el caso concreto- de la imposición de sanciones disciplinarias o de la aplicación del régimen cerrado, contempladas en la legislación penitenciaria, es por lo que no considerándose adecuada la medida adoptada de forma prolongada en el tiempo, sine die, por entender que no goza de cobertura legal alguna y teniendo en cuenta que la aplicación de las limitaciones regimentales al interno se llevaron a cabo, como ya se ha indicado, al menos, desde el 3-11-2008 y hasta 12-01-2009, día antes en que el interno fue trasladado al Centro Penitenciario de Gran Canaria, es por lo que debe acordarse en virtud de lo establecido en el mencionado criterio y en



los artículos 75, 76 y 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria remitir la presente resolución a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias al objeto de consideración de los presente hechos para evitar futuras situaciones similares.

Acuerdo: Remitir la presente resolución a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias al objeto de consideración de los presentes hechos para evitar futuras situaciones similares.

#### **69.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 2 DE FECHA 02/10/09**

**Estima la queja declarando la ilegitimidad de la medida de aislamiento impuesta vía artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.**

En este Juzgado se tramita Queja número A-08 del expediente número 426/08, incoado en virtud de la queja formulada por el interno F.O.G., del Centro Penitenciario Madrid V, sobre aplicación del régimen del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.

Solicitado Informe al Centro Penitenciario, por el mismo se realizó el que consta unido al expediente. Y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que evacuara informe sobre la queja presentada, emitiendo el que consta unido al expediente, interesando la desestimación de la queja.

Dentro de las posibilidades que el Centro Penitenciario cuenta para mantener el orden y la seguridad están fundamentalmente las sanciones, la aplicación de medios coercitivos y las limitaciones regimentales dirigidas a la protección de la vida o la integridad física del penado. Así si un interno lleva a cabo una conducta tipificada como falta en el Reglamento Penitenciario deberá desarrollarse un expediente disciplinario en la forma y con las garantías previstas en la legislación penitenciaria para imponer en su caso una de las sanciones previstas en el Reglamento. La segunda posibilidad, desarrollada en el artículo 72 del Reglamento, es la aplicación de algún medio coercitivo, siempre con las garantías contempladas en el mismo el ser medidas altamente ingerentes, garantías que se extienden

fundamentalmente a que la aplicación de dichos medios deberá realizarse por el tiempo estrictamente necesario y que nunca podrán constituir una sanción encubierta. Por último aparecen las limitaciones regimentales previstas en el artículo 75 del Reglamento Penitenciario que señala con carácter general en su apartado 1 que “Los detenidos presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación”, y continúa diciendo en su apartado 2 que “En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia”, apartado que es desarrollado en los dos siguientes.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, cabe concluir que artículo 75.1 del Reglamento no puede utilizarse para imponer limitaciones regimentales que constituyan una medida que este expresamente prevista como sanción o como medio coercitivo, ya que teniendo la imposición de sanciones y la aplicación de medios coercitivos unos preceptos específicos que los regulan no cabe acudir a un precepto genérico como el artículo 75.1 para imponer dichas medidas, y más teniendo en cuenta que si se impone a través de este precepto una sanción o se utiliza un medio coercitivo se están eludiendo los límites que en la regulación legal de estas medidas se prevén expresamente, teniendo en cuenta la gran injerencia de las mismas en los derechos de los internos, ya que así por ejemplo, para la imposición de la sanción de aislamiento en celda por tiempo superior de 14 días se requiere la aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2.d) tras la tramitación de un expediente disciplinario con las garantías previstas en la Ley y el Reglamento y en cambio si se impusiera el aislamiento vía artículo 75.1 bastaría una orden de Dirección (artículo 280.2.5ª), pudiéndose eludir así tanto el expediente sancionador como el límite temporal de los 14 días cuyo control compete al Juez, e incluso el hecho de que se ponga en conocimiento del Juzgado la aplicación del 75.1 ya que el mismo no lo prevé y lo único que exige el Reglamento en su artículo 280.2.5ª en relación con las limitaciones regimentales aplicadas por el Director al amparo del 75.1 es que este las ponga en conocimiento del Centro Directivo. Por tanto, siendo el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario un precepto genérico, no permite que

con fundamento en el mismo se establezcan medidas limitativas del régimen que corresponda al interno, y mucho menos si la concreta limitación ya está prevista como sanción, medio coercitivo o medida de seguridad con una específica finalidad (apartado 2 del precepto).

En el presente caso teniendo en cuenta los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplados en el artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que otorga atribuciones al Juez de Vigilancia para 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 que a al interno se le ha puesto una medida de aislamiento por una vía no contemplada por la legislación para ello, y que el mismo ha interpuesto queja por ello, por lo que procede estimarla, declarando la ilegitimidad de la medida acordada y ordenando el inmediato alzamiento de la misma, aunque, al indicarse en el informe que cesaron las limitaciones regimentales el día 25/01/08 sólo procede realizar tal declaración de ilegitimidad.

Por último señalar que esta resolución reitera la doctrina ya aplicada por este Juzgado en autos anteriores al respecto de la imposición de la medida de aislamiento a través de orden de Dirección, con pretendido fundamento en lo dispuesto en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario y que resumidamente puede concretarse en que el referido apartado 1 del artículo 75 del Reglamento Penitenciario no permite aplicar dicha medida a un interno.

Se estima la queja interpuesta por el interno F.O.G., y se declara la ilegitimidad de la limitación regimental de aislamiento impuesta por acuerdo fecha 20/08/09 del Sr. Director del Centro Penitenciario Madrid V, Soto del Real, con pretendido fundamento en el apartado 1 del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, la cual ya ha sido dejada sin efecto.



# **CAPÍTULO II**

## ***LOCALIZACIÓN PERMANENTE***



## **70.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE BARAKALDO DE FECHA 02/11/09**

### **Cumplimiento simultaneo.**

Vistos en Juicio Oral y público los autos nº 419/08, precedentes de Procedimiento Abreviado nº 33/06, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Balmaseda, seguidos por un delito de lesiones, un delito de atentado y dos faltas de lesiones, contra J.Z.L.

Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado de la Ertzaintza tramitado como diligencias previas por el Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº 1 de Balmaseda por un presunto delito de lesiones y atentado.

El Ministerio Fiscal calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de un delito de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal, un delito de atentado, previsto y penado en el artículo 550 del Código Penal y dos faltas de lesiones previstas y penadas en el artículo 617 del Código Penal; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; procediendo imponer al acusado por el delito de lesiones la pena de prisión de un año con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de atentado la misma pena y por cada una de las faltas de lesiones la pena de multa de 30 días con una cuota diaria de 12 euros siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal, así como el pago de las Costas causadas y en concepto de responsabilidad civil en la cantidad de 2.000 euros, por las lesiones sufridas, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el acto del juicio oral modifica sus conclusiones provisionales en el siguiente sentido:

A la 2ª: Un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal  
Resto igual.

A la 4ª: Concorre la eximente incompleta del artículo 21.6 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal.

A la 5ª: Por el delito de lesiones la pena de prisión de tres meses.

Por el delito de desobediencia la pena de 3 meses de prisión.

Por cada falta de lesiones 6 días de localización permanente.

Resto igual.

La defensa del acusado en su escrito de calificación provisional mostró su disconformidad con la calificación efectuada con el Ministerio Fiscal considerando los hechos como no constitutivos de delito y solicitando la libre absolución de su defendido.

En el acto de juicio oral a la vista de la conformidad de su cliente no considera necesaria la continuación del juicio y solicita, en aplicación del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se dicte sentencia de conformidad.

Por conformidad de las partes se declara probado que J.Z.L., nacido el día 8 de octubre de 1963, sobre las 15:50 horas el día 30 de junio de 2005, hallándose en la estación de tren de FEVE de la localidad de Zalla, propinó una patada a una mujer que se encontraba en el andén a la espera de la llegada del tren.

Cuando otra mujer le pidió explicaciones, le golpeó con una botella de plástico en la zona de la cara y cuello.

Unos minutos después acudieron los agentes de la Ertzaintza con el uniforme reglamentario y hallaron al imputado en las inmediaciones de la estación, una vez identificado, le fue retirada la navaja que portaba, al abandonar el lugar el imputado tiró una botella al suelo, al ser recriminado por los agentes lanzó dos patadas contra uno de ellos, a continuación fue detenido a lo que opuso gran resistencia.

Una de las mujeres, a consecuencia de la agresión, sufrió lesión consistente en disfunción de la articulación temporomandibular izquierda;



contractura muscular cervical y disfunción ATM izquierda postraumática, que requirió para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento' médico consistente en tratamiento quirúrgico, permaneciendo hospitalizada un día, habiendo invertido en su curación 50 días, 22 de los cuales estuvo incapacitada para la realización de sus ocupaciones habituales" y quedándole como secuelas algias cervicales postraumáticas de carácter leve y parestesias en mano derecha, y por las cuales formula reclamación.

La otra de las mujeres y el ertzaina, no formulan reclamación por las lesiones causadas.

Habiendo solicitado la acusación y la defensa, con la conformidad, del acusado presente, que se proceda a dictar Sentencia de conformidad con el escrito de acusación que se presentó en el acto del juicio oral, que no se refiere a hecho distinto, ni contiene calificación mas grave que el escrito de acusación formulado, ante el Juzgado de Instrucción, y no excediendo la pena de seis años, procede sin más trámite, dictar Sentencia de estricta conformidad con la ' aceptada por las partes, toda vez que los hechos son constitutivos de un delito de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal, un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal y dos faltas de lesiones del artículo 617 del Código Penal concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de eximente incompleta del artículo 21.6 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal, y habiéndose manifestado la conformidad respecto de unas conclusiones distintas a las que determinaron la apertura de juicio oral, se respeta el presupuesto fáctico que aquellas desarrollaban, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, es innecesario exponer los fundamentos doctrinales y legales referentes a la calificación de los hechos estimados como probados, participación que en los mismos ha tenido el encartado y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como en cuanto a la responsabilidad civil e imposición de costas.

Debo condenar y condeno a J.Z.L., con la concurrencia de la eximente incompleta del artículo 21.6 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal como autor responsable de:

- Un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal a la pena de tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal a la pena de tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Dos faltas de lesiones del artículo 617 del Código Penal a la pena de 6 días de localización permanente por cada una de ellas.

Así como al abono de las costas causadas.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a la víctima, en la cantidad de 2.000 euros, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Habiéndose adelantado en el acto de la vista, el fallo de la sentencia recaída en la causa referenciada y habiéndose manifestado por las partes su propósito de no recurrirla, razón por la que fue declarada firme en el mismo acto, procédase a su ejecución, a cuyo efecto se acuerda la práctica de las diligencias siguientes:

Por lo que respecta al condenado J.Z.L.:

- Con respecto a la pena de 6 meses de prisión y estando ingresado en Centro penitenciario cumpliendo otras penas y teniendo en cuenta la existencia de antecedentes penales vigentes es procedente acordar el cumplimiento en sus propios términos de dicha pena. Remítase testimonio de la sentencia al Centro Penitenciario donde se encuentra recluso el condenado solicitando remitan fecha de inicio y preventiva aplicable a la presente,
- En cuanto a la pena de localización permanente de 12 días, estando el penado ingresado en Centro Penitenciario, se acuerda que el cumplimiento de los mismos se realice por el penado en Centro Penitenciario, siendo su cumplimiento simultaneo y paralelo a las otras penas privativas de libertad que se encuentre cumpliendo por otras causas, disponiendo que su inicio comience el día 9 de diciembre de 2009. Practíquese liquidación de condena que se notificará al penado y se comunicará al Centro Penitenciario en que se encuentre internado.

- En cuanto a la responsabilidad civil de 2.000 euros, habiendo sido requerido de pago el penado y manifestado que es insolvente, procédase por la vía de apremio al embargo de bienes de su propiedad en cantidad suficiente para cubrir la cantidad adeudada. Y a tal efecto ofíciase al S.C.R. a fin de que Tesorería Territorial de la S.S. e Instituto Nacional de la S.S. acrediten los bienes e ingresos del penado. Oficiase en el mismo sentido a la Agencia Tributaria Estatal.
- Librar nota al Registro Central de Penados y Rebeldes para que proceda a la anotación de la condena.

Modo impugnación: Hay dos opciones.

Primera: Mediante recurso de reforma y apelación. (artículo 766.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Al interponer la reforma puede interponer subsidiariamente la apelación, por si no se admitiera aquélla (artículo 766.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Plazo: para la reforma tres días (artículo 211 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Para la apelación, si se interpone por separado cinco días siguientes a la notificación del auto desestimando la reforma (artículo 766.3).

Segunda: Mediante recurso directo de apelación, sin previa reforma (artículo 766.2 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Plazo: en el término de cinco días desde la notificación del auto recurrido (artículo 766.3).

Forma (común a las dos opciones): Mediante escrito presentado en este Juzgado, con firma de Letrado (artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Efectos (común a las dos opciones):

Los recursos de reforma y de apelación no suspenderán el curso del procedimiento (artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

**71.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE BARAKALDO DE FECHA 16/12/09**

**Cumplimiento simultaneo.**

Por recibido el anterior oficio procedente del Centro Penitenciario de Basauri, únase a la causa de su razón.

Se acuerda el cumplimiento de la pena de cuatro días de localización permanente impuesta en las presentes actuaciones al penado E.S.H. de forma simultanea y paralela a otras penas que esté cumpliendo, y a tal fin líbrese oficio al citado centro penitenciario a fin de que comuniquen que los días señalados por el penado ha permanecido efectivamente en el centro penitenciario.

**72.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCION DE CADIZ NÚMERO 1 DE FECHA 19/02/09**

**Pena de Localización Permanente a cumplir en Centro Penitenciario al no localizarse al penado.**

Por sentencia firme de fecha 12 de mayo de dos mil siete, se condena al ciudadano italiano I.T., como autor responsable de una falta de respeto y consideración debida a agente de la autoridad, imponiéndole la pena de treinta días multa a razón de una cuota diaria de seis euros.

El condenado fue requerido para que pagara el importe de la multa impuesta antes del día 1 de septiembre de 2007, sin que hasta la fecha haya sido satisfecha.

Por auto de 22 de octubre de 2007, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal se procede a declarar la insolvencia del condenado precediéndose a sustituir la pena de multa por la de privación de libertad.

Efectuada liquidación de condena hasta este momento se concreta la pena a cumplir en la de trece días de localización permanente dado que se ha advertido un error en la liquidación practicada inicialmente por la Secretaria donde solo se compatibilizó un día de detención, cuando en realidad son dos.

Practicada liquidación de condena se ordena librar mandamiento al Servicio Social Externo del Centro Penitenciario Puerto II, a fin de definir el plan de ejecución.

Ante el no hallazgo hasta la fecha del condenado no se ha podido determinar el plan de ejecución,

Se desconoce el actual paradero del condenado.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Código Penal la pena de localización permanente, que es una pena privativa de libertad “obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia”.

Tomando en cuenta que el condenado se encuentra en paradero desconocido, ignorándose la tenencia de un domicilio, la única alternativa posible para dar cumplimiento a la pena impuesta, es la de fijar como lugar de cumplimiento un establecimiento penitenciario.

Por tanto, se debe ordenar la detención de la persona condenada, y su puesta a disposición judicial de este órgano quien ordenará su inmediato ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena de localización permanente impuesta, prisión que podrá ser eludida mediante el pago de la pena de multa a la que inicialmente fueron condenados.

Se ordena la detención, e inmediata puesta a disposición de este Juzgado de ciudadano italiano I.T., quien habrá de ingresar en prisión para el cumplimiento de la pena de trece días de Localización Permanente, ingreso que podrán eludir mediante el pago de la multa de ciento ochenta euros.



# **CAPÍTULO 12**

## ***MEDIDAS DE SEGURIDAD***





### **73.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 8 DE PALMA DE MALLORCA DE FECHA 06/10/09**

**Mantenimiento de la medida de internamiento en centro de deshabitación a cumplir en el módulo correspondiente del Centro penitenciario.**

En fecha 22 de septiembre de 2005 recayó sentencia en la presente causa, en cuya parte dispositiva se condenaba a F.A.F. como autor responsable de dos delitos de robo con violencia y uso de instrumento peligroso, a la pena de dos años de prisión por cada delito, aplicándole como “medida de seguridad el internamiento en un Centro adecuado para el tratamiento médico para deshabitación de sustancias tóxicas por drogadicción por dos años por cada delito.

Por Auto de este juzgado de fecha 22 de junio de 2006 se ordena el traslado del penado, interno en el centro penitenciario de Palma al centro “Proyecto Hombre”, haciéndose efectivo el 11 de julio de 2006.

Por auto de fecha 27 de julio de 2006, a la vista de que el penado es expulsado del centro “Proyecto Hombre” se acuerda la detención e ingreso en el centro penitenciario hasta que sea valorado de nuevo por profesionales de Proyecto Hombre y se proceda a su readmisión para el cumplimiento de la medida de seguridad, auto que es confirmado en reforma en fecha 14 de agosto de 2006.

En fecha 30/03/2009 por el Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma de Mallorca, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97 del Código Penal, se dictó auto proponiendo el cese de la medida de internamiento y el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

En fecha 12 de junio de 2009 se dictó auto de este juzgado por el que se acordaba aceptar la propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acordando el cese de la medida, auto que fue revocado declarándose la nulidad del mismo en fecha 7 de julio de 2009, al haberse omitido la audiencia preceptiva a la defensa del penado dispuesta por el artículo 97 del Código Penal.

Por providencia de 28 de julio de 2009 se procedió a dar nuevo traslado a las partes al efecto de formular estas alegaciones en relación a la aplicación del artículo 97 del Código Penal. Por la defensa se interesa, en base a sus alegaciones, el inicio efectivo de la medida de seguridad en un centro de rehabilitación. Por el Ministerio Fiscal se interesa el cese de la medida y el cumplimiento de la pena impuesta.

En la ejecución de las medidas de seguridad rige, entre otros, el principio de flexibilidad, cuya máxima expresión se recoge en el artículo 97 de referido texto penal, que contempla un procedimiento contradictorio a los efectos de posibilitar el cambio de la medida de seguridad adoptada al iniciar la ejecución por otra más acorde con el estado del sometido a la medida. Se indica en el citado artículo que el órgano judicial sentenciador, mediante procedimiento contradictorio, y previa propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, puede adoptar alguna de las decisiones que se contienen en referido precepto: decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el sujeto de que se trate; en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará tal medida sin efecto y dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. En estos casos la suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 del Código Penal.

Igualmente dispone el artículo 99 del Código Penal para el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efec-

tos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3 del Código Penal.

En el caso que nos ocupa, el Juez de Vigilancia Penitenciaria propone el cese de la medida de internamiento y el cumplimiento de la pena privativa de libertad, que se motiva por los informes emitidos por el centro penitenciario que revelan una evolución claramente desfavorable, teniendo en cuenta que tras su expulsión del centro proyecto hombre, hecho que provoco su ingreso en el centro penitenciario, ha sido incapaz de asumir los criterios de admisión en el modulo 12 de la prisión (centro terapéutico donde tratar su drogodependencia).

Señala el recurrente que durante el periodo transcurrido en la presente ejecutoria, únicamente ha recibido asistencia durante 14 días, y que el artículo 97 entre sus motivos no recoge el cese de la medida de seguridad y cumplimiento de la pena de prisión.

Hay que señalar como se puede apreciar en la tramitación y resoluciones dictadas en la causa, que desde un inicio se han hecho intentos para el efectivo cumplimiento de la medida de seguridad, ya desde el primer auto de fecha 27 de julio de 2006, que dejo abierta la posibilidad a su reingreso en el centro “Proyecto Hombre”, pero lo cierto es que el penado durante todo este tiempo no ha hecho el mas mínimo esfuerzo por integrarse en los programas de deshabituación previstos en el centro penitenciario para una posterior derivación a “Proyecto Hombre”, pues en ningún momento ha cumplido con los criterios de admisión.

El artículo 97 del Código Penal en su apartado d) prevé el cese de cualquier medida de seguridad estableciendo como requisito la desaparición de la peligrosidad criminal, manifiesta la representación del penado que la propuesta de cese de la medida formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria se realiza tomando como presupuesto la falta de voluntariedad en el cumplimiento de la misma, y que es un supuesto no contemplado en la norma, por lo que no existiría apoyatura legal para decretar el cese por esa causa.

Se mencionan por la defensa del penado, las sentencias dictadas por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, una de fecha 23 de enero de 2006 y otra de 3 de febrero de 2006.

La primera de las sentencias es especialmente ilustrativa, al tratarse de un supuesto muy similar al de la presente ejecutoria, así se parte de una sentencia por la que se impone una pena de dos años y seis meses de prisión, al tiempo que imponía la medida de seguridad de internamiento en centro cerrado de deshabitación adecuado a su adicción por el tiempo máximo de las penas impuestas conforme a lo establecido en el artículo 104 del Código Penal. Ante la falta de compromiso por el penado en cuanto al cumplimiento de la medida de seguridad el juzgado penal de ejecutorias acuerda de modo directo el cumplimiento de la pena, por la dificultad del sometimiento a tratamiento en centro cerrado.

Señala la sentencia que “la imposición de dicha medida de seguridad era de carácter facultativo por parte del tribunal sentenciador (“podrá imponer”, dice el artículo 104.1 del Código Penal), lo cierto es que una vez impuesta la misma y alcanzada la firmeza la sentencia correspondiente, como aquí ocurre, es pronunciamiento intangible que no se puede suprimir ni sustituir por la mera voluntad del penado, ni por decisión exclusiva del Juez Penal de Ejecución, ni por hipotética decisión o interés, incluso legítimo, de la Administración en que se ha delegado la ejecución de la misma”.

Esa consideración se realiza en base al propósito de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes que proclama el Tribunal Constitucional y en conexión con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en su artículo 9.3 y el derecho a la tutela judicial efectiva que asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello.

La referida sentencia, previa referencia a las posibilidades que ofrece el artículo 97 del Código Penal en relación a la ejecución de la medida, considera que “el artículo 91 del Código Penal está pensado para modificar determinadas medidas de seguridad o sustituirlas, según la evolución del penado, por otras medidas de distinta naturaleza. En ningún caso está previsto por la vía del artículo 91 del Código Penal que la medida de seguridad se sustituya directamente por la pena de prisión impuesta originariamente en sentencia firme. Por su parte, el artículo 99, primer inciso, del Código Penal establece que “en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cum-

plimiento de la medida, que se abonará para el de la pena”, lo cual no autoriza para recorrer el camino inverso, es decir, ordenar el cumplimiento de la pena de prisión en sustitución de la medida de seguridad. Es cierto que ese mismo artículo 99 del Código Penal sigue diciendo que “una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3”; pero ello tampoco autoriza a sustituir la medida de internamiento por la pena de prisión.

Sigue diciendo que “En realidad, todas las posibilidades de modificación o sustitución de una medida de seguridad atienden, o deben atender, a la evolución del sometido a la misma de modo que dichas posibilidades pasan siempre por dejar sin efecto la medida de que se trate o por sustituirla por otra diferente. Pero nunca por sustituirla por la pena de prisión, que es lo que ha hecho el Juez Penal de Ejecución. Ello no es posible, no lo permite la ley.

Y en todo caso, el quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento sólo da lugar a que el juez o tribunal “ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado” (artículo 100.1 del Código Penal), lo cual significa que el legislador lo que ha previsto es que se insista en dicho internamiento (de ahí el reingreso en el centro de cumplimiento o en otro centro que se adapte a las circunstancias del penado), pero no que se pase a cumplir la pena de prisión. Y por quebrantamiento no puede entenderse, simplemente, la renuencia del penado a someterse al tratamiento correspondiente, sino que requiere específicamente de la “evasión” o fuga del mismo del establecimiento donde venía cumpliendo la medida de seguridad a tenor de la redacción de dicho artículo 100.1 del Código Penal. Claro que en estos casos de evasión, o no reingreso, tampoco procede pasar a cumplir directamente la pena de prisión, ya que el número 3 de dicho artículo 100 lo que dice es que, en este caso (igual que en el del número 2, que no nos afecta ahora), el juez o tribunal “deducirá testimonio por el quebrantamiento”, es decir, deducirá testimonio de los particulares oportunos y los remitirá bien al Ministerio Fiscal bien al Juzgado de instrucción encargado de la investigación sumarial, y ello por si hubiera cometido un nuevo delito del artículo 468 del Código Penal, lo que, a su

vez, exigiría un nuevo procedimiento penal y, por supuesto, nueva condena firme sobre dicho quebrantamiento de medida de seguridad. Pero insistimos, eso es sólo para el caso de que el sometido a la medida se fugue, o no retorne, al centro de cumplimiento”.

A nadie se le escapa la dificultad que ha existido y que existe de hacer ejecutar la medida en este caso, propiciada en todo momento por la actitud de falta de voluntad de cumplimiento del penado, pues no ha existido implicación ni con los compromisos exigidos por el centro de deshabitación, ni con los de inclusión en el módulo penitenciario (módulo 12) que es el lugar que en un principio cuenta con recursos para la aplicación de la medida. Pero el cese de la medida no puede tener como origen el incumplimiento de la misma, sino el de desaparición de la peligrosidad del sujeto, circunstancia que en este caso no se aprecia.

Por tanto, si bien son comprensibles los motivos ofrecidos por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en su propuesta de cese de la medida, así como los del Ministerio Fiscal en su informe, entiende este juzgador, que lo más acorde con la regulación legal, acogiendo los criterios de las sentencias a las que se ha hecho referencia es acordar el mantenimiento de la medida de seguridad, debiendo derivarse al penado al módulo penitenciario, en el que pueda recibir tratamiento, pues atendiendo a las circunstancias actuales del penado, no cabe pensar en un cumplimiento de la medida en un centro que no pueda garantizar por su estructura y organización el internamiento.

Es de señalar que si bien es patente la incapacidad del penado de asumir los criterios de admisión del módulo y su conducta no es la adecuada, debe ser en ese ámbito donde deberán aplicarse los recursos penitenciarios necesarios a los efectos de dar cumplimiento a la medida de tratamiento de su drogodependencia.

Dispongo: Mantener la medida de seguridad de internamiento para la deshabitación de sustancias tóxicas, que deberá cumplirse en la prisión en módulo adecuado al tratamiento requerido.

Expídase atento oficio al centro penitenciario a los efectos de dar cumplimiento a la medida de seguridad con la derivación del penado al módulo penitenciario donde pueda recibir tratamiento de deshabitación.

# **CAPÍTULO 13**

## ***PERMISOS***





## **CONCESIÓN**

### **74.- AUTO 983/2009 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL DE FECHA 02/12/09**

#### **Concesión al estimar bajo el riesgo de quebrantamiento.**

El 22 de abril en el expediente reseñado relativo al interno M.M.T. fue dictado auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en que desestimaba el recurso formulado contra la decisión de la Junta de Tratamiento de fecha 12-02-2009 que denegaba permiso de salida.

Por el procurador, en nombre y representación de dicho interno, fue interpuesto recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

Seguidamente, remitidas las actuaciones a este Tribunal, una vez recibidas, se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

La Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 47 y el Reglamento Penitenciario en el 154 regulan los permisos de salida ordinarios que se concederán, previo informe del equipo técnico, a los internos penados y clasificados en segundo o tercer grado que reúnan dos requisitos objetivos: haber extinguido la cuarta parte de la totalidad de la condena y no observar mala conducta. El artículo 156.1 del reglamento señala que no obstante concurrir esos requisitos objetivos la propuesta de los equipos técnicos o el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración podrán ser negativos si consideran por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas des-

favorables que es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad o para su programa individual de tratamiento.

Los permisos de salida dan respuesta al derecho del interno a que se facilite su relación con el exterior (artículo 4.1-e del Reglamento Penitenciario), porque el contacto con la sociedad le prepara para la futura libertad y neutraliza o reduce los efectos desocializadores que producen las penas de prisión. Por ello es un medio adecuado para el tratamiento penitenciario al tiempo que potencia la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (artículo 110, 114 y 154 del Reglamento Penitenciario).

La jurisprudencia constitucional ha precisado los términos y los límites de ese medio de intervención en el tratamiento penitenciario: “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 reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española) al contribuir a lo que hemos denominado la «corrección y readaptación del penado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero F. 7) y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución 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 encaminados 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 hemos dicho (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, 2/1997 y 204/1999, ya citadas), 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 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 indican cuál es la evolución del penado. No obstante, hemos llamado también la atención

sobre las cautelas 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 denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados” (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 5 mayo).

Los permisos de salida conceden al interno una facultad de actuación que pretende responsabilizarle por sus decisiones, le impone concretos deberes de reingresar al centro en el plazo señalado y de observar las reglas acordadas. Si incumpliere, podrá ser sancionado penalmente (por quebrantamiento de condena, artículo 468 del Código Penal) y se tendrá en cuenta esa conducta para la posible denegación de nuevos permisos. De esa manera los permisos permiten comprobar la evolución del condenado y el avance del tratamiento.

La denegación del Juez de Vigilancia se sostiene en el riesgo de quebrantamiento, en la gravedad de la actividad delictiva, en la pertenencia a una organización delictiva y en el riesgo de reincidencia.

Para construir el caso deben anotarse estos datos:

- (i) cumple condena por delito contra la salud pública,
- (ii) se le impuso pena de seis años de prisión,
- (iii) en el momento de la decisión se encontraba en la tercera fase de cumplimiento, había alcanzado la mitad un año antes, en 27-03-2008, ahora ya se encuentra en la última fase, pues en septiembre pasado colmó la tercera cuarta parte del tiempo de la pena,
- (iv) no ha sido sancionado,
- (v) ha sido recompensado con dos notas meritorias, participado en actividades diversas, de manualidades, teatro, video forum, pintura y está matriculado en primer curso de la ESO, destacando - según el informe del educador, que informó favorablemente el permiso- por su actitud, notable esfuerzo e influencia positiva sobre otros internos,
- (vi) mantiene buena relación con los internos y funcionarios,

- (vii) se presentó voluntariamente en la prisión para iniciar el cumplimiento de la pena,
- (viii) durante la libertad provisional a la espera de juicio, desde la comisión del delito hasta el ingreso en prisión, llevó “una vida dentro de la legalidad” -todos datos que se recogen del informe del educador-,
- (ix) en noviembre de 2008 se le concedió permiso extraordinario para asistir al sepelio de su padre, sin incidencias,
- (x) carece de problemas relacionados con la adicción a drogas o alcohol, según el informe psicológico, y
- (xi) es español, cuenta cincuenta y seis años y tiene el apoyo de su hermano, que vive en Benifaló, Valencia, y le acogería en caso de salida del centro.

El riesgo de quebrantamiento según la tabla de variables se sustentaría en profesionalidad, ausencia previa de permisos y lejanía de la fecha de cumplimiento. La profesionalidad no se apoya en dato alguno que conste en el expediente, quizá en la presencia de una organización en la ejecución del delito, no obstante sabemos que durante la tramitación de la causa no cometió delito alguno. El no haber gozado de permisos previos es una variable que constata únicamente decisiones administrativas sobre la evolución del tratamiento penitenciario, que no dependen del interno. La lejanía es un dato inexacto, se encontraba a pocos meses de alcanzar la tercera cuarta parte de la duración, de la pena.

Luego, el valor predictor de los dos elementos tenidos en cuenta para pronosticar el peligro de quebrantamiento es muy bajo, lo que debilita esa conclusión, tal y como apreciaba la Junta en su propuesta. Más si se tiene en cuenta que se presentó voluntariamente a cumplir y que ha gozado de un permiso extraordinario sin incidencias.

La gravedad de la actividad delictiva y la pertenencia a una organización se tuvieron en cuenta en la determinación de la pena, aquí solo podría tener relevancia la segunda circunstancia si señalara -lo que no se ha dicho- riesgo de quebrantamiento, por posibilidad de contar con medios y relaciones personales para no volver a prisión.

El cuarto argumento del auto impugnado era un riesgo de reincidencia que se decía significativo. Sin embargo ni en el auto, ni en la decisión

administrativa ni en el expediente consta hecho alguno que sirva de sostén a dicha afirmación.

Las razones expuestas para desestimar el recurso no parecen de entidad suficiente para concluir que existe un peligro de quebrantamiento, tampoco se ha dicho que el contacto con su familia pueda perjudicar su evolución y preparación para la futura libertad, ya inmediata, si no al contrario. Frente al diagnóstico de la resolución impugnada se alzan hechos incontestables que avalan la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión del permiso y de datos de hecho sobre el tiempo de condena, su conducta y evolución positiva desde la perspectiva del tratamiento, el apoyo familiar, antecedentes de presentación voluntaria y de reingreso.

La Sala en auto anterior de fecha 27 de marzo advertía de la necesidad de valorar el transcurso del tiempo, el apoyo familiar y los otros datos en la decisión sobre permisos futuros.

Por todo ello debe accederse al recurso de apelación y conceder al recurrente el permiso ordinario de cuatro días, con las medidas de seguridad que se estimaran procedentes por la Junta de Tratamiento.

Se acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de M.M.T. contra el auto de fecha 22-04-2009, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente 514/2007-0004, y conceder el permiso de cuatro días propuesto por la Junta de Tratamiento con las cautelas que se establecieron.

**75.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE  
FECHA 04/03/09**

**Estima recurso en base al disfrute de permisos anteriores, rechazando la “conurrencia de variables cualitativas desfavorables” y que “tenía que haber dado positivo en benzodicepinas”.**

Con fecha 29 de octubre de 2008, y por el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el interno A.T.G.H., contra el auto de fecha 07/10/08 dictado en la pieza de permisos denegados N° 1594/07/02, confirmando íntegramente el mismo en sus propios términos.

Se tiene por interpuesto por dicho interno recurso de apelación, con carácter subsidiario, contra la presente resolución, y se acuerda requerir al mismo para que, en el término de tres días designe letrado y procurador de su libre elección, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho término sin hacer manifestación alguna, le será designado Abogado de oficio, quien también tendrá habilitación legal para su representación, conforme a lo dispuesto en la L.O. 5/03, que modifica la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Notifíquese esta resolución al Ministerio fiscal y a la Sra. Directora del Centro Penitenciario de Topas, para su conocimiento y cumplimiento, delegando en ella para la notificación al interno de referencia.

Contra esta resolución puede interponerse recurso de apelación por término de cinco días en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial”.

Por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, de fecha 21 de agosto de 2008, se denegó al interno A.T.G.H., el permiso ordinario de salida que tenía solicitado. Como motivos que se hicieron constar en tal acuerdo figuran los de “presencia de variables cualitativas desfavorables” y “tendría que haber dado más en benzos”.

Ante ello, el citado interno planteó, primeramente, recursos de queja y reforma, y ahora, de apelación, con la pretensión de que se le reconozca el derecho a disfrutar del permiso de salida en su día solicitado. Alega, en tal sentido, que cumple todos y cada uno de los requisitos que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria exige para poder optar al disfrute de permisos de salida ordinarios, que ya ha disfrutado de permisos en el último año, y que, en lo referente al tratamiento que tiene prescrito, no lo tomó, -de la observación del mismo, aparecerían las benzodiazepinas en su analítica-, por cuanto había conseguido dormir bien en su último permiso, a más, de no haberle puesto objeción el médico cuando le comentó que no tomaba la medicación.

El Ministerio Fiscal, en todos sus informes obrantes en el expediente se mostró favorable a la estimación del recurso, en base al bajo riesgo de quebrantamiento y a la buena valoración del anterior permiso disfrutado, sin que el resultado de la analítica practicada a la vuelta de éste sea óbice para continuar en el disfrute de permisos.

Como ya se ha puesto de manifiesto en otras resoluciones de esta Sala, al responder el permiso de salida, respecto de una pena privativa de libertad, a los fines de ésta de reinserción social y de reeducación, como también a un sistema progresivo seguido al efecto para preparar al penado respecto a la vida en libertad a la que ha de incorporarse al término del cumplimiento de la misma, constituyendo además un estímulo para observar un buen comportamiento, ello hace que, ante fines tan loables, ciertamente se favorezca la concesión de tales permisos, aunque sin olvidar tampoco al mismo tiempo que tal medida tiene sus evidentes riesgos, por cuanto puede favorecer sobremanera el quebrantamiento y eludir el cumplimiento de tal pena privativa de libertad. De ahí que no baste para la concesión de un permiso de salida la concurrencia de los requisitos objetivos marcados por la Ley (artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), fundamentalmente los de estar clasificado en segundo grado, haber extinguido una cuarta parte de la condena y no observar mala conducta, sino que han de tenerse en cuenta también las circunstancias personales y particulares de cada caso concreto, como se deduce de lo prevenido en el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario, en el cual se establece que el informe del Equipo Técnico, previo a la resolución sobre la petición del permiso será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o la existencia de varia-

bles 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 otro lado, la concesión de esos permisos constituye mera posibilidad y no un derecho, como tiene reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras en las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/96, 2/07 y 81/97, en las que se afirma que la “posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, como es la reeducación y reinserción social, de forma que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pero esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25,2 de la Constitución Española no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo ni menos aún de derecho fundamental.” Lo que permite concluir, según el propio Tribunal Constitucional, que “la concesión de permisos queda situada en el terreno de la legalidad ordinaria y no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley, sino que además no han de existir otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que pueda ocasionar en relación a los fines expresados, cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de esas decisiones”.

En el presente supuesto, cierto es que al tiempo de serle denegado el permiso de salida, el interno ahora recurrente, tenía cumplida las tres cuartas partes de la pena para cuyo cumplimiento se encuentra ingresado, (en fecha 1 de enero de 2008 se cumplió tal porcentaje, en tanto que terminará el total impuesto en 7 de Septiembre de 2.009), se encontraba clasificado en segundo grado de tratamiento (con efectos desde 6 de Marzo de 2.003) y observaba buena conducta, como también lo era que no tenía satisfechas sus responsabilidades civiles, al menos, no constaba que así fuera, y que a la vuelta del segundo permiso disfrutado en el año, entre el 27 de Junio y el 30 del mismo mes, se le practicó una analítica de drogas, en la que no se reflejaba el tratamiento que tenía prescrito. Según el informe del educador, el interno reconoció que la conducta correcta habría sido comunicar al médico la no necesidad actual de tal medicación, la prescrita, y no autoadministrarlas según el propio criterio; y ello a pesar



de que según sus comentarios, había conseguido dormir sin necesidad de tomar medicación.

Si ello es así, y si además, no se concretan en el acuerdo denegatorio del permiso de salida en que consisten las variables cualitativas desfavorables, así como, si las mismas son posteriores al disfrute de los permisos que se le concedieron al interno apelante, ninguna razón de peso hay para denegar el permiso de salida ordinario a éste, pues una vez iniciado el periodo final de cumplimiento de la condena y también el disfrute más o menos continuado de permisos, sólo razones o argumentos de consideración, han de influir en la vuelta atrás del tratamiento. Y en el caso, el tema de la analítica, y la no detección de benzodiazepinas, desde luego, no puede ser, en sí solo y sin más explicaciones sobre el particular, razón para denegar el permiso de salida, máxime cuando en el recién disfrutado y al que se refiere la analítica, no consta ninguna incidencia negativa, ni incumplimiento de condicionante alguno por parte del interno.

Por tanto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto, en tanto se considera beneficioso para la preparación del interno, cara a su vida en libertad, el disfrute continuado de permisos; sobre un posible quebrantamiento de condena, lo lógico es pensar, como dice el propio apelante, que una vez alcanzado el cumplimiento casi total de la pena, -saldrá el próximo 7 de Septiembre-, el permiso de salida contribuirá a fortalecer su sentido de responsabilidad, haciendo buen uso del mismo, en orden a su reintegro a la familia y a la sociedad.

Se declaran de oficio las costas procesales de la presente alzada.

La Sala acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A.T.G.H., contra el Auto de fecha 29 de octubre de 2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León con sede en Salamanca; en consecuencia, con revocación del mismo, se acuerda conceder al interno recurrente el permiso de salida solicitado, a disfrutar en las fechas y condiciones que fije el Centro Penitenciario.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

**76.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE  
FECHA 09/03/09**

**Estimación del recurso en base al disfrute previo de otro permiso sin incidencias y entre otras por razones de humanidad.**

Por J.L.G.C., se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 18 de diciembre de 2008 desestimando la queja interpuesta por el interno contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, que le desestimó la solicitud de que se le concediera un permiso de salida ordinario. Resolución dictada en el Expediente núm. 599/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, alegando en el escrito de interposición cuantas razones estimó necesarias como fundamento de su pretensión.

Admitido el recurso de apelación, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y partes personadas, alegando lo que a su derecho con vino, y remitidas las actuaciones para resolución a esta Sala de la Audiencia Provincial, quedaron las actuaciones pendientes para dictar la resolución oportuna en fecha 2 de marzo de 2003.

La parte recurrente en apelación indica en su recurso que el recurrente cumple los requisitos objetivos para la concesión del permiso penitenciario solicitado:

- 1.- estar clasificado en el segundo grado penitenciario;
- 2.- cumplir 1/4 parte de la condena impuesta;
- 3.- no consta haya mala conducta del interno.

Añadiendo, además, que la denegación tiene que ser seriamente motivada, sin acudir a formas estereotipadas, así como que al recurrente ya la fue concedido un permiso penitenciario en fecha 16 de diciembre de 2008 por la Sección 1 de la Audiencia Provincial, el cual se llevó a cabo sin ninguna incidencia.

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 requi-

sitos 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 R.D. 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 (folios nº 11-12 del expediente) que:

- 1.- J.L.G.G. cumple en el Centro Penitenciario de Burgos condena por la causa nº 55/08 del Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Burgos por delito de abuso sexual a la pena de 2 años y 6 meses de Prisión.
- 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde la fecha de 20 de agosto de 2008, y
- 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 19 de abril de 2008, de la de 1/2 en fecha 2 de diciembre de 2008 y la de 3/4 partes la de 18 de julio de 2009, dejando totalmente extinguida la pena en fecha 2 de marzo de 2010.

Con fecha de ingreso en Prisión el 5 de septiembre de 2007 y en dicho Centro Penitenciario en igual fecha.

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 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 se ha emitido, al amparo de lo previsto en el artículo 161.1 del Reglamento Penitenciario, por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos acuerdo denegatorio por unanimidad del permiso ordinario solicitado por el interno, una vez visto el informe presentado por el Equipo Técnico, señalando como causas específicas una valoración del riesgo de quebrantamiento como bajo (15%), y siendo los motivos tenidos en cuenta gravedad de la actividad delictiva e insuficiente consolidación de los factores positivos en este momento.

Antecedentes que llevan a la Junta de Tratamiento a denegar por unanimidad el permiso concedido y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a ratificar dicha denegación, considerando la naturaleza del delito por el que el penado se encuentran cumpliendo la condena así como la necesidad de que la pena surta efecto intimidatorio necesario.

No obstante, todas esas circunstancias son coincidentes con las que ya concurrían y que fueron tenidas en cuenta cuando se dictó por esta Sala el Auto de fecha 16 de diciembre de 2008, en relación con el mismo interno, y en el expediente n° 481/08, (así: el porcentaje del 15% en que se valora como bajo el riesgo de quebrantamiento, naturaleza del delito, proximidad a la fecha de cumplimiento de las 3/4 partes de la pena, ausencia de sanción en el expediente, contar con el apoyo familiar y en concreto de su madre, e indicando igualmente el correspondiente informe psicológico, en relación con la asunción de responsabilidad que mantiene un discurso de cierta asunción del delito cometido, pero utiliza distintos tipos de mecanismos de defensa, así como sin antecedentes de consumo de tóxicos). Señalándose, además, por último dicho Auto, otras razones de humanidad que aconsejaban el disfrute del permiso como es la enfermedad que el interno padece, cáncer epidermoide de laringe, habiendo sido practicada operación quirúrgica consistente en faringe-laringectomía total ampliada y vaciamiento radical izquierdo, con tratamiento de quimioterapia y radioterapia, de pronóstico malo con alto riesgo de recaída locoregional y a distancia, lo cual, exponía que hacía disminuir aún más el riesgo de quebrantamiento, de comisión de nuevos delitos o de un mal disfrute del permiso. Concluyendo en el mismo que por lo indicado procedía en ese momento la estimación del permiso de apelación y la concesión del permiso solicitado. Sin que en el presente expediente conste que dicho permiso hubiese sido indebidamente disfrutado.

Razones todas ellas que llevan también en este momento, a la estimación del recurso de Apelación, y al igual que se establecía en la anterior resolución procede la fijación de las medidas de seguridad consistente en la presentación diaria durante el permiso en dependencias policiales de su lugar de residencia, con el apercibimiento de que el incumplimiento de la misma determinará la concesión de ulteriores permisos penitenciarios.

Que, procediendo la estimación del recurso de apelación interpuesto por J.L.G.G., 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 en la interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por J.L.G.G. contra el Auto de fecha 18 de diciembre de 2008 desestimando

do la queja interpuesta por el interno contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, que le desestimó la solicitud de que se le concediera un permiso de salida ordinario, resolución dictada en el Expediente núm. 599/08 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. Dos de Castilla y León con sede en Burgos, revocar las referidas resoluciones y conceder el permiso ordinario penitenciario solicitado por el interno J.L.G.G. que fue denegado por el acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 6 de noviembre de 2008, estableciendo como medidas de seguridad las siguientes:

- 1.- El interno cumplirá el permiso otorgado en el domicilio por él fijado, de la ciudad de Burgos..
- 2.- El interno deberá presentarse diariamente en las dependencias policiales de la ciudad de Burgos a efectos de control,

Todo ello con el apercibimiento de que el incumplimiento de alguna de ambas medidas podrá determinar la negación de ulteriores permisos penitenciarios.

#### **77.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 13/03/09**

**Rechaza como circunstancias desfavorables “la gravedad delictiva” y la “Trayectoria delictiva”, ya tenidas en cuenta por los tribunales sentenciadores.**

Con fecha 23 de enero de 2009, por el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Se desestima el Recurso de Queja interpuesto por el interno S.M.R.D. contra el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, en sesión de fecha 04/12/08.

Por S.M.R.D., se recurre en apelación el Auto de 23 de enero de 2009 dictado por el JVP nº 5 de Castilla y León, que desestimó el recurso de

queja interpuesto contra el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, en sesión de 4 de diciembre de 2008. Como motivos del recurso se alega el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos para la concesión del permiso solicitado, no existiendo pruebas objetivas suficientes que justifiquen la denegación, con infracción del artículo 24 de la Constitución Española y de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaría establece la posibilidad de conceder permisos de salida de hasta siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe el Equipo Técnico, a los condenados de segundo o tercer grado, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

En desarrollo de este precepto del Reglamento Penitenciario en su artículo 154 regula en los mismos términos los permisos ordinarios de salida y en el artículo 156 hace referencia al preceptivo informe del Equipo Técnico indicando que será desfavorable, cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulta 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.

Ciertamente estos preceptos establecen unos requisitos de tipo objetivo para la concesión de los permisos pero al mismo tiempo deja muy claro, por la expresión utilizada, que se trata de posibilidades y no de derechos y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencias como la 112/96, 2/97, 81/97. Así se afirma “la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social de forma que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno y esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo ni menos aun de derecho fundamental”.

Esto lleva a concluir al Tribunal Constitucional que la concesión de los permisos queda situada en el terreno de la aplicación de la legalidad ordi-



na, y no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley, sino que además no han de existir otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que pueda ocasionar en relación con los fines expresados y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de esas decisiones.

En el presente caso, examinado detenidamente el expediente, no deja de sorprender el que una vez más se valore por la Junta de Tratamiento, y el Juez de Vigilancia Penitenciaria lo asuma sin cuestionarlo, como circunstancias desfavorables para la concesión del permiso la gravedad de la actividad delictiva y la trayectoria delictiva consolidada por la comisión de numerosos delitos.

La gravedad de la actividad delictiva ya fue tenida en cuenta por los tribunales sentenciadores, lo que motivó unas condenas a nada más que de 9 y 10 años de prisión. De seguirse el criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, los delitos extremadamente graves, supondrían que en ningún caso el interno podría acceder a un permiso penitenciario.

La trayectoria delictiva consolidada por comisión de numerosos delitos no aparece suficientemente objetivada, puesto que dos condenas no son numerosos delitos y aún cuando es cierto, viendo las sentencias, que el interno formaba parte de una red u organización perfectamente estructurada dedicada a la comisión de delitos contra la salud pública, ya se aplicó la agravante de reincidencia, lo que determinó el incremento de la pena.

En algunos casos, estas breves consideraciones de la Junta de Tratamiento si han servido para denegar un permiso cuando en el informe social, psicológico o del educador se deja constancia de que el interno mantiene una cierta vinculación con la organización delictiva, o no ha asumido su responsabilidad en un delito grave, pero no es este el caso, según resulta del informe de psicólogo y del informe social.

La Junta de Tratamiento, alega también una irregular evolución penitenciaria. Examinado el informe del psicólogo resulta que S.M.R.D., presenta una capacidad de resolución de conflictos adecuada, tiene autocontrol autosuficiente equilibrio emocional, con un ajuste social decatipo 7, adecuado equilibrio personal, es temperamental con una agresividad decatipo 3, reconoce el delito con valores mercantiles con incremento de valo-

res prosociales. inclinándose el psicólogo por la concesión del permiso dado que en la TVR se encuentra en valores medios (50) -no entendiéndose porque la Junta de Tratamiento considera que 50 es riesgo elevado-, no se observa conducta desadaptada, han transcurrido 5 años desde la interrupción de permisos, habiendo salido ya en 6 ocasiones, no hay indicios de previsión de mal uso o quebrantamiento, tiene cumplidas las 3/4 partes de condena desde el 4 de abril de 2006 y necesita prepararse para la vida en libertad.

El informe social demuestra un firme apoyo de la familia, tanto por un hermano como por su hija.

Sorprende el que el informe de conducta, con el sello de la oficina de tratamiento, insista en la larga trayectoria delictiva y reincidencia y el grado de planificación del delito para aludir a continuación a una trayectoria penitenciaria irregular e inestable, con absoluto rechazo a todo lo penitenciario, relaciones de superioridad con los internos, no dudando en asesorarles a fin de que planteen situaciones conflictivas y quejas, convirtiéndose con frecuencia en abogado de los mismos, manteniendo actitudes de líder con influencia negativa hacia el resto de los internos y una actitud pasiva a la hora de realizar actividades y rechazo hacia los diferentes profesionales. Si como consta en el informe, actualmente carece de sanciones, al menos esas notas desfavorables debieran explicarse con mayor detalle e indicarse al menos sucintamente cuales son los datos objetivos en los que se fundamenta, pues de lo contrario, se cierra al interno cualquier posibilidad de recurso, ocasionando la indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución Española.

Debe tenerse en cuenta que el interno ha disfrutado ya de permisos, no consta que haya hecho mal uso de los mismos, en abril del 2006 alcanzo las % partes de condena, que quedara extinguida el 1 de enero de 2011, y dado el largo tiempo transcurrido en prisión, es oportuno el que disfrute puntualmente de permisos para adaptarse a la vida en libertad.

La Junta de Tratamiento también hace referencia a un retraso injustificado en un permiso anterior, pero en el expediente no consta ninguna referencia a este hecho y si fue efectivamente sancionado por ello, produciéndose por ello una irregular situación, puesto que se ha impedido al Juez de Vigilancia y ahora a este Tribunal toda comprobación sobre la existencia objetiva de ese retraso injustificado.

En consideración a todo lo expuesto procede concederle el permiso de salida solicitado con la condición de que sea recogido y acompañado por un familiar y se presente diariamente ante las Fuerzas de Seguridad del Estado del lugar en el que vaya a disfrutar del permiso.

Parte dispositiva la Sala resuelve: Estimando el recurso de apelación interpuesto por S.M.R.D. se revoca el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 23 de Enero de 2.009 debiendo concederse al interno el permiso ordinario de salida solicitado, con la condición de que sea recogido y acompañado por un familiar y se presente diariamente ante las Fuerzas de Seguridad del Estado durante el tiempo de disfrute del mismo. Sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

#### **78.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 18/03/09**

**Estima recurso en base al acuerdo favorable de la Junta, concurrencia de los requisitos objetivos e inoperabilidad de las razones aducidas por el Juez de Vigilancia.**

Con fecha 10 de diciembre de 2008, y por el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el interno S.M.R.D., contra el auto de este Juzgado de fecha 12/11/08, dictado en nuestro procedimiento de permisos propuestos N° 2014/07/01 que se confirma íntegramente.

Se tiene por interpuesto por dicho interno Recurso de Apelación, con carácter subsidiario, contra la presente resolución, y se acuerda requerir al mismo para que, en el término de tres días designe letrado y procurador de su libre elección, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho término sin hacer manifestación alguna, le será designado Abogado de oficio, quien también tendrá habilitación legal para su representación, con-

forme a lo dispuesto en la L.O. 5/03, que modifica la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, al Sr. Director del Centro Penitenciario de Topas, para su conocimiento y constancia en el expediente del interno, librando exhorto al Juzgado de Paz de Topas para su notificación, haciéndose constar que contra la presente resolución cabe recurso de apelación en el término de cinco días, en este Juzgado, para ante la Audiencia Provincial.”

Punto de partida indispensable en la resolución del presente recurso de apelación interpuesto por la representación del interno S.M.R.D., es la constatación de los antecedentes que han dado lugar al mismo y que obran en el testimonio remitido. Tales son los siguientes:

- a) En fecha 18 de septiembre de 2008, la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, acordó, por mayoría, conceder permiso ordinario de salida, en las condiciones que allí explicitaba, al interno citado antes.
- b) Este, según obraba en el mismo acuerdo, tenía cumplida, en dicho momento, los tres cuartos, de la pena (desde el 4-4-06), y le restaba de cumplir hasta el 1-1-11, en que alcanzaría el total de la pena impuesta: 19 años y dos días por dos delitos contra la salud pública.
- c) El Ministerio Fiscal, despachando el traslado conferido al efecto, manifestó que no se oponía a la aprobación del permiso ordinario “sobre todo teniendo en cuenta que ya ha cumplido las 3/4 partes de la condena y se hace necesario el paulatino disfrute de permisos de salida para su preparación a la vida en libertad”.
- d) En Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de fecha 12 de noviembre de 2008, se denegó “la propuesta de primer permiso de salida propuesto por la Junta... para el interno...”. Razones: la propuesta de la Junta no ha sido unánime; el interno pasa la mayor parte del tiempo sólo; evita el contacto con los trabajadores de la prisión; no realiza actividades; “presenta cierta rigidez cognitiva respecto a su situación penal y penitenciaria, así como un alto grado de prisionización.”; ha mantenido hasta una fecha muy reciente un comportamiento inestable que no indica asunción de responsabilidades y acatamiento de las normas; lejanía de la fecha de cumplimiento...

e) En Auto del mismo Juzgado, de fecha 10 de diciembre de 2008 se desestimó el recurso de reforma interpuesto por el interno. Ante ello, éste interpuso recurso de apelación, en el que se solicitaba la revocación del Auto denegatorio del permiso, y la concesión del mismo. Como argumentos a favor de ello, alegaba no sólo la concurrencia de los requisitos objetivos exigidos a tal fin por el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino también, y fundamentalmente, la favorabilidad del informe de la Junta de Tratamiento del Centro, y la inoperabilidad de las razones aducidas por el Juez de instancia: ser reservado no es motivo para denegar el permiso; no todos los internos trabajan; la alegada prisionalización del interno es responsabilidad del Centro Penitenciario, en su caso; resultó absuelto del presunto delito de quebrantamiento de condena; y su fecha de excarcelación está próxima, en relación con el tiempo que lleva en prisión. Entiende, en suma, que la valoración de todos sus datos debe ser conjunta.

Como ya se ha puesto de manifiesto en otras resoluciones de esta Sala, al responder el permiso de salida, respecto de una pena privativa de libertad, a los fines de ésta de reinserción social y de reeducación, como también a un sistema progresivo seguido al efecto para preparar al penado respecto a la vida en libertad a la que ha de incorporarse al término del cumplimiento de la misma, constituyendo además un estímulo para observar un buen comportamiento, ello hace que, ante fines tan loables, ciertamente se favorezca la concesión de tales permisos, aunque sin olvidar tampoco al mismo tiempo que tal medida tiene sus evidentes riesgos, por cuanto puede favorecer sobremanera el quebrantamiento y eludir el cumplimiento de tal pena privativa de libertad. De ahí que no baste para la concesión de un permiso de salida la concurrencia de los requisitos objetivos marcados por la Ley (artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), fundamentalmente los de estar clasificado en segundo grado, haber extinguido una cuarta parte de la condena y no observar mala conducta, sino que han de tenerse en cuenta también las circunstancias personales y particulares de cada caso concreto, como se deduce de lo prevenido en el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario, en el cual se establece que el informe del Equipo Técnico, previo a la resolución sobre la petición del permiso será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o 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 otro lado, la concesión de esos permisos constituye mera posibilidad y no un derecho, como tiene reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras en las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/96, 2/07 y 81/97, en las que se afirma que la “posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, como es la reeducación y reinserción social, de forma que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pero esa proporción entre el periodo cumplido y el que le resta habla por si sola) no es asumible, como tampoco lo es que se necesita un mayor periodo de observación del interno que permita la consolidación de factores positivos. Por otra parte, términos como rigidez cognitiva, prisionalización, elevado grado de planificación, refractario a lo penitenciario, son en si mismos términos carentes de significado si no vienen acompañados de las necesarias concreciones tácticas que permitan evaluar la conducta global del interno.

En el supuesto concreto, consta que éste reúne los requisitos objetivos, entre ellos la observancia de buena conducta, que ha cumplido con creces los tres cuartos de la condena, que le restan un año y nueve meses para el total cumplimiento, y que goza de un aval familiar lo suficientemente aceptable. También consta el informe favorable del Ministerio Fiscal.

Por tanto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto, en tanto se considera beneficioso para la preparación del interno, cara a su vida en libertad, el disfrute continuado de permisos; sobre un posible quebrantamiento de condena, lo lógico es pensar, como dice el propio apelante, que una vez alcanzado el cumplimiento casi total de la pena, el permiso de salida contribuirá a fortalecer su sentido de responsabilidad, haciendo buen uso del mismo, en orden a su reintegro a la familia y a la sociedad.

Se declaran de oficio las costas procesales de la presente alzada.

Parte dispositiva. La Sala acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de S.M.R.D., contra el Auto de fecha 10 de diciembre de 2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León con sede en Salamanca; en consecuencia, con revocación del mismo, se acuerda conceder al interno recu-

rente el permiso de salida solicitado, a disfrutar en las fechas y condiciones que fije el Centro Penitenciario.

#### **79.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 09/06/09**

**Estima recurso, no suficientemente fundados los motivos de denegación: lejanía de fechas, necesidad de mayor periodo de observación, tipología y gravedad de la condena, responsabilidades pendientes, interno dominicano, orden de alejamiento, entre otras.**

Con fecha 11 de marzo de 2009, y por el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Se desestima el Recurso de Queja interpuesto por el interno V.L.S. contra el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, en sesión de fecha 15-01-2009.

Por V.L.S., se recurre en apelación el Auto de 11 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León, que desestimó el recurso de queja contra el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, en sesión de fecha 15-01-09. Como motivos del recurso se alega declaración de lo establecido en los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 y siguientes de su Reglamento, por error en la valoración de las circunstancias concretas del interno que le hacen merecedor del permiso solicitado, infracción del artículo 24 de la Constitución Española, infracción de la reglas que deben regir el tratamiento penitenciario y los principios que le inspiran según lo establecido en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La Sala 2ª del Tribunal Constitucional, en sentencia de 2 de julio de 2007, en relación con la motivación de resoluciones judiciales afirma:

“Si, con carácter general, nuestra doctrina ha reiterado en multiplicidad de ocasiones que el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la

Constitución Española incluye entre sus contenidos el que sus titulares puedan obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2001, de 23 de abril, FJ 2), más específicamente, con relación a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria (Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de julio, hasta las más cercanas Sentencias del Tribunal Constitucional 69/1998, de 30 de marzo; 181/1999, de 11 de octubre, 236/2002, de 9 de diciembre, 9/2003, de 20 de enero, 128/2003 o 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 2), hemos destacado el relevante papel que ocupa en nuestro sistema penitenciario, pues a la jurisdicción corresponde, no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias (artículo 76.2 e) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino, en general, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse (artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

En la misma línea dijimos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1998, de 13 de julio, FJ 4, que, precisamente, por el fundamental papel de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la preservación y salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos, y teniendo en cuenta la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios -por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena-, la exigencia de una respuesta judicial a cuantas pretensiones se formulen en este ámbito fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales cobra particular intensidad”.

Examinado el expediente y a la vista del contenido del auto de 11 marzo 2009 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número cinco de Castilla y León deben hacerse, una vez más, las siguientes consideraciones:

- 1.- Si bien es cierto que en el momento en que se dictó el auto citado aún faltaba dos meses para el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, la lejanía a la que alude el Juez debe ponerse siempre en relación con el tiempo de cumplimiento total de la condena, puesto que los permisos están orientados a la preparación



para la vida en libertad y esta preparación es tanto más necesaria en cuanto mayor es el tiempo de cumplimiento de una condena y existe la posibilidad de acceder a la libertad condicional, circunstancia esta que no se pone en cuestión en ningún momento a lo largo del expediente remitido y de los informes que se han incorporado al mismo, pues más bien, parece que el carácter favorable de los mismos hace suponer que el recluso podrá beneficiarse de la misma..

- 2.- Dificilmente se entiende que sea necesario mayor período de observación de la evolución del interno que permita la consolidación de factores positivos cuando lleva en prisión desde el 15 octubre 2006 y en este Centro Penitenciario desde el 6 noviembre 2007.
- 3.- La tipología delictiva y la gravedad de la condena resultante es un hecho objetivo pero, al igual que ocurre con la reincidencia y profesionalidad delictiva, ha sido valorada ya en la sentencia o en las sentencias en virtud de las cuales ha sido condenado y, en su caso, a través de las correspondientes refundiciones de condena. Este dato puede ser especialmente importante si como consecuencia de la observación del interno en el Centro Penitenciario, con datos objetivos, y no con meras sospechas, se considera que sigue vinculado a organizaciones delictivas, no asume el delito, frecuenta grupos de extorsión..., pero por sí mismo, individualmente considerado, no puede convertirse en un motivo más para denegar un permiso.
- 4.- No es posible comprobar a través de la documentación remitida que el interno cuente con responsabilidades penales pendientes de incluir en cumplimiento. No deja de ser una afirmación que consta en el acta de la Junta de Tratamiento de 4 marzo de 2009, sin que a esta Audiencia Provincial se le facilite documentación alguna que permita comprobar cuál es la causa de nada, órgano jurisdiccional de procedencia, pena de prisión impuesta, etc.
- 5.- Ciertamente se trata de un interno dominicano, pero cuenta con acogimiento en Salamanca.
- 6.- No tiene ingresos económicos, como prácticamente ningún interno.
- 7.- Es cierto que refiere haber sido consumidor de cocaína pero antes de su ingreso en prisión y no consta informe médico o psicológico que nos permita afirmar que es toxicómano en este momento.

- 8.- De los únicos informes unidos a las actuaciones resulta que está realizando el curso de violencia de género, mantiene una relación con los funcionarios de respeto y acercamiento, está integrado en el módulo, no presenta problemas de convivencia con el resto de la población reclusa, su interés fundamental es poder conseguir un trabajo remunerado, asume el delito como fallo que cometió y lo que más le interesa ahora es salir de la prisión y ponerse a trabajar, refiere un proceso de socialización sin problemas de desviación, nivel de estudios primarios con hábitos laborales, no alteraciones a nivel de orientación temporal ni espacial, con un cociente intelectual dentro de la media de la población de referencia. En ningún momento consta en las actuaciones que mantenga importantes mecanismos de defensa que dificulten la interiorización del locus de control respecto a su conducta. Una vez más nos encontramos con una afirmación en una resolución judicial que carece de todo soporte documental que pueda comprobar esta Audiencia Provincial por sí misma.
- 9.- Es cierto que el interno tiene una orden de alejamiento respecto de su pareja, pero ello no es obstáculo para la concesión del beneficio de un permiso penitenciario estableciendo los correspondientes mecanismos de control que pasan por la notificación a la pareja del permiso concedido, tiempo y lugar de disfrute, así como la imposición al interno de la obligación de no salir de la localidad de Salamanca en la que disfrutará del permiso acogido por la pastoral penitenciaria, con la obligación añadida de comparecer diariamente en la Comisaría de Policía de esta misma ciudad y haciendo saber al acogedor de la existencia de esta orden de alejamiento.
- 10.- No puede considerarse como un factor negativo más el que no es sino la suma de todos los anteriores. Es decir, el riesgo muy elevado de quebrantar la condena se deduce (por todo ello, dice el auto recurrido) de todos los demás factores.

Por todo lo expuesto, y ante la existencia en el expediente de informes favorables procede conceder al interno el permiso solicitado, permiso que disfrutará en la Pastoral Penitenciaria de Salamanca, con la obligación de presentarse diariamente en la comisaría de policía, sin poder salir fuera de la citada ciudad y comunicando a la víctima de los delitos la concesión del permiso. Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal en informe de 10

marzo 2009 solicitó la estimación del recurso a la vista de la documentación aportada de la que no se desprenden motivos fundados para negar el permiso, siendo el disfrute de los mismos esencial para cualquier pretensión de socialización que se tenga, y más habida cuenta de que en este caso concreto las tres cuartas partes de la condena se cumplirán en el mes de mayo, con lo que el disfrute de permisos se convierte en ineludible. No se entiende muy bien el que ante el recurso de apelación interpuesto contra el auto el Ministerio Fiscal en informe de 11 mayo 2009 solicite la desestimación del recurso por los fundamentos del auto recurrido. En cualquier caso, se llama la atención del Centro Penitenciario para que en el hipotético supuesto de \ que con posterioridad a la concesión de este permiso por esta Audiencia Provincial el interno incurra en algún tipo de conducta que le pueda hacer merecedor de una sanción, lo que podría provocar la suspensión del permiso concedido, se ponga inmediatamente de manifiesto dicho hecho a este Tribunal remitiendo documentación completa del incidente, funcionarios que intervinieron o dieron cuenta del mismo, calificación de la sanción a imponer y si la misma es o no firme, de forma que sea este Tribunal el que tenga argumentos suficientes para decidir acerca de la suspensión o no del permiso concedido

La Sala resuelve: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el interno V.L.S., se revoca el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número cinco de Castilla y León de 11 marzo 2009 concediendo al interno el permiso solicitado que disfrutará en la Pastoral Penitenciaria de Salamanca, sin poder salir de dicha ciudad y debiendo comparecer diariamente ante la Comisaría de Policía, debiendo comunicarse la concesión del permiso a la víctima de los delitos por los que fue condenado y con respecto de la cual existe una orden de alejamiento.

## **80.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BALEARES DE FECHA 29/09/09**

**Estima la queja por proximidad fechas de las 3/4 partes y tutela de Proyecto Hombre.**

Que se recibió en este Juzgado, procedente del Centro Penitenciario de -Mallorca-, instancia del interno J.H.C., en la cual recurría contra la denegación de un permiso de salida, acordada por la Junta de Régimen y Administración del citado Centro en sesión de fecha -30/7/09-. Sé incoó expediente de Permiso de Salida con el núm. 863-09.

El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 y siguientes del Reglamento Penitenciario señalan aquellos requisitos que deben concurrir para la concesión de permisos de salida de los penados que se encuentren clasificados en segundo grado o tercero de tratamiento, señalando como presupuestos exigibles que el interno haya extinguido la cuarta parte de la totalidad de las condenas y no observe mala conducta. Además de tales condiciones mínimas, de necesaria concurrencia en todo caso, es preciso valorar las circunstancias particulares del penado (peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala, presencia de variables cualitativas desfavorables), que puedan incidir negativamente en el uso de un eventual permiso, haciendo previsible el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o la perjudicial repercusión en el interno en atención a su programa individualizado de tratamiento (artículo 156 del Reglamento Penitenciario).

En nuestro caso, concurren en el interno las condiciones mínimas exigibles para la concesión del permiso solicitado (extinción de la cuarta parte y no observancia de mala conducta). Y en cuanto a las restantes circunstancias y variables, si bien se valoran y sopesan, en su seriedad y fundamento científico, los elementos desfavorables expuestos por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Mallorca (trayectoria delictiva consolidada por comisión de numerosos delitos, responsabilidades penales pendientes de sustanciación), se considera que en el particular supuesto de que se trata, no deben los mismos prevalecer frente a las poderosas razones expuestas por el Ministerio Fiscal para adherirse al recurso 3/4 partes el 29/7/09, tutela de proyecto hombre que organizará el permiso como salida

terapéutica, en curso formativo-ocupacional), sin que, en el delicado equilibrio de contrapuestas variables analizadas, y en razón de cierta distancia en la perspectiva del análisis (más estrictamente psicológico-conductual y tratamental una, y de mayor proyección jurídica la otra para integrar, omnicomprendivamente, la visión legal y jurisprudencial sobre la pena y sus fines, en relación con la institución del permiso de salida), deba apreciarse sería incompatibilidad entre ambas posturas, sino, a lo más, celosa y escrupulosa reserva del propio ámbito de conocimiento o disciplinar.

En atención a lo expuesto

Decido estimar el recurso de Queja interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Mallorca, frente a la resolución de la Junta de Régimen y Administración del expresado establecimiento en sesión de fecha 30/07/09, revocando íntegramente dicho acuerdo y, en consecuencia, conceder al interno un permiso ordinario de 3 días. Condiciones: tutela Proyecto Hombre, presentación FSE (2º día), analítica de consumo al regreso, acompañamiento por personal de la entidad tutelante a la salida y reingreso.

## **81.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 1 DE FECHA 17/11/09**

### **Concesión pese al positivo a opiáceos al regreso del último permiso.**

El permiso ordinario por 6 días relativo al interno J.D.C.D. fue informado desfavorablemente por la junta de Tratamiento en sesión de fecha señalada en el encabezamiento, interno que recurre en Alzada a fin de que esta Magistrado autorice dicho permiso, habiéndose dado traslado al Fiscal quien se opuso y, tras lo cual, se ha dado cuenta a esta Magistrado para resolver.

La Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario en sus artículos 47.2 y 154 respectivamente, establecen y regulan la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Estos permisos se pueden dispensar, previo informe de los equi-

pos 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 cuantitativas 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.

La utilidad y conveniencia de los permisos en el marco del sistema de individualización científica, tendente a la preparación de la posterior vida en libertad, y en orden a la rehabilitación y reinserción social está igualmente admitida de manera amplia en la Legislación Penitenciaria Internacional. Así, la Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987, contiene la Regla 43.2 donde se prevé el establecimiento de un sistema de permisos penitenciarios, para posibilitar el contacto con el mundo exterior, compatible con los objetivos del tratamiento.

En idéntico sentido el artículo 70.2 de las Normas Penitenciarias Europeas que aprobó el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de septiembre de 1987 establecía que “los programas de tratamiento deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios, a los que se recurrirá todo lo posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos sociales”. En consecuencia, los permisos de salida forman, pues, parte del tratamiento, responden a la finalidad esencial de la pena privativa de libertad, y no constituyen, en ningún caso meros beneficios o recompensas por el buen comportamiento, habiendo destacado la doctrina del Tribunal Constitucional su relevancia a los efectos de reforzar los vínculos familiares, reducir las tensiones inherentes al internamiento y las consecuencias de la vida continua en el establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento de la realidad cotidiana. Igualmente se ha destacado que constituyen un perfecto indicador de la evolución del interno a la vez que estimulan su buena conducta y sentido de la responsabilidad. Y todo ello en el marco legal anteriormente referido, ponderando los jueces y tribunales la concurrencia de los

requisitos previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario.

Analizado el escueto informe remitido por la Administración y, dado que se trata de un interno que cumplió las 1/2 partes de la condena y que no observa mala conducta en el centro, cumple, en principio con los requisitos legales objetivos.

A ello cabe añadir que este interno ha gozado ya de permisos concedidos por la A.P. y este Juzgado y debe de recordarse que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14-02-2005: en supuestos de concesión de permiso de salida a un preso, el siguiente sólo podrá ser denegado porque hayan cambiado las circunstancias concretas del penado o porque, sin haberlo hecho existan razones que justifiquen un cambio en la valoración judicial acerca del riesgo de quebrantamiento de condena.

El centro informa que dio positivo a opiáceos en la analítica efectuada al regresar del último permiso.

Al respecto cabe decir que resulta poco pedagógico y, sobre todo, nada efectivo denegar un permiso de salida por tal causa, puesto que la adicción a las drogas es una enfermedad.

En consecuencia, el Centro deberá de proporcionarle un tratamiento para deshabituarse sea programa libre de drogas -GAD-, sea sustitutivo con metadona, sea recurso en centro terapéutico externo.

Procede autorizar al interno el permiso ordinario de 6 días sujeto a los controles y condiciones que órgano administrativo informante considere pertinentes.

Se resuelve autorizar al interno el permiso ordinario de 6 días solicitado, sujeto a los controles y condiciones del órgano administrativo informante.

## **82.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 21/12/09**

**Estimación de queja. Proximidad fechas de cumplimiento, la gravedad del delito ya se tuvo en cuenta en la sentencia y pese a la condición de extranjero ya que le acoge Pastoral Penitenciaria.**

Por el interno en el Centro Penitenciario de Topas, M.A. se remitió a este Juzgado escrito interponiendo Recurso de Queja contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento, sesión del día 12/11/09, por denegación de permiso ordinario de salida.

El artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario recoge tres requisitos para la concesión de este tipo de permisos, cuales son que el interno haya extinguido la cuarta parte de la condena, que se encuentre clasificado en segundo grado y que el interno observe buena conducta. A estos tres requisitos se les ha de añadir otro, previsto en el mismo artículo referido a la finalidad del permiso, que no ha de ser otro que la preparación de la vida en libertad: es decir, lo que se pretende es que la libertad no le suponga al interno ningún inconveniente o impedimento para integrarse en la sociedad como un miembro más de la misma.

No obstante lo dicho, estos requisitos tienen el carácter de mínimo necesario pero no suficiente, habida cuenta que cuando concurren todos ellos, le es posible a la Junta no proponerlos y al Juez de Vigilancia denegarlos, como se deduce de la expresión “podrán” que aparece en el ya citado precepto.

Así pues para la concesión de los permisos de salida, en primer lugar se ha de examinar la concurrencia de los requisitos mínimos del artículo 154 del Reglamento y, en segundo lugar, se ha de atender a otros factores como son: la personalidad del interno solicitante, su disponibilidad económica, su vinculación familiar, sus antecedentes delictivos, la clase de delito cometido, el lugar en el que se desee disfrutar el permiso en caso de concesión, el grupo social en el que presumiblemente se vaya a integrar, así como su integración por el trabajo y todos los demás factores de los que de alguna manera se pueda deducir el uso que el interno va a hacer del



permiso y, en especial el tiempo que al interno le resta por cumplir las causas que tiene pendientes.

Con base a los anteriores razonamientos y a la vista del presente expediente, procede la estimación del recurso de queja contra el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas, sesión del día 12/11/09, que ha interpuesto el interno M.A.

Con la documentación que obra en la causa resulta que M.A., fue condenado por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, imponiéndosele una pena de 6 años de prisión.

Del informe de conducta de 03/12/09 destaca que en el departamento actual no tiene problemas de convivencia y el trato con el personal de la institución es correcto, presenta un comportamiento adaptado.

Ha cancelado una sanción que tenía pendiente, por efectos de Nota Meritoria, el 10/05/09.

Es de destacar que la Audiencia Provincial de Salamanca le concedió un permiso ordinario de salida por auto de 13/02/09, dictado en Recurso de Apelación 1525/08, siendo posteriormente revocado por auto de 01/04/09 al haber sido sancionado por una falta muy grave, que, como hemos dicho, ya ha cancelado a fecha 10/05/09.

De otro lado, la psicóloga del Centro Penitenciario nos informa en el sentido de que no aprecia anomalías en la esfera cognitiva del interno; y no observa alteraciones psicopatológicas. Indica que presenta una capacidad intelectual de tipo medio.

Hay que tener igualmente en cuenta que el recurrente ya ha superado las 3/4 partes de la condena (en concreto el 05/07/08) y que está muy próximo a la fecha de su licenciamiento definitivo (el 03/01/2010)

En cuanto a la gravedad de la actividad delictiva, ésta ya se tiene en cuenta en la sentencia condenatoria, sin que aparezca ningún informe relativo a la no asunción del delito o a la participación del interno en grupos organizados, que haga pensar la posible comisión futura de nuevos hechos delictivos de gravedad.

En cuanto a la condición de extranjero, es criterio de la Audiencia Provincial de Salamanca en auto de 13/02/09, que aunque es un dato a tener en cuenta, por lo que indica falta de arraigo y eventual riesgo de

intentar sustraerse a la acción de la justicia; no obstante dicho inconveniente quedaría superado porque la Pastoral Penitenciaria de Salamanca está dispuesta a acogerle y pueden establecer mecanismos alternativos de control para garantizar el buen uso del permiso.

S.S<sup>a</sup>, por ante mi la Secretaria, dijo: se estima recurso de queja interpuesto por el interno M.A. contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Topas en sesión de fecha 12/11/09, y se le conceden tres días de permiso de salida, con las siguientes medidas de control:

Compromiso de la Pastoral Penitenciaria de recoger al interno en el C.P. y reintegrarlo al mismo, y de que un miembro de dicha pastoral permanezca constantemente durante el tiempo de disfrute del permiso acompañando al interno.

Presentación diaria ante las Fuerzas de Seguridad del Estado, en concreto en la Comisaría de Policía de Salamanca.

## **NO CONCESIÓN**

### **83.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALMERIA DE FECHA 30/03/09**

**No autoriza permiso propuesto por junta “por gravedad de la tipología delictiva y larga extensión de condena”.**

Por acuerdo adoptado con fecha 26 de diciembre de 2008 en la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería, se elevó a este Juzgado propuesta de concesión de permiso ordinario salida de tres días de duración a favor del interno S.B.G.

Que de conformidad con las atribuciones contenidas en el artículo 76 i) de la Ley Orgánica 1/1979, de Vigilancia Penitenciaria, y en atención a lo dispuesto en el artículo 47 de la misma, en relación al artículo 154 del

Reglamento Penitenciario, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado, para lo cual habrá de atenderse, en todo caso, a los requisitos exigidos. Permisos que podrán ser denegados, según los artículos 156 y 157 del citado Reglamento Penitenciario cuando por la peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala del interno o existencia de variables cualitativas desfavorables resulte probable el quebrantamiento, la comisión de nuevos delitos o la repercusión negativa de la salida desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o programa individualizado de tratamiento, valorándose negativamente el incumplimiento de anteriores permisos o la fuga o comisión de delitos con motivo de anteriores salidas.

La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería, emite acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2008 elevando propuesta de permiso ordinario de salida por tres días de duración, relativo al interno S.B.G. Sin embargo, del informe emitido por el Centro Penitenciario resulta que la gravedad de la tipología delictiva por la que ha sido condenado el interno (delito contra la salud pública), la larga extensión de la condena impuesta (3 años y 10 meses) en relación con el tiempo efectivo de cumplimiento y la lejanía de cumplimiento de las 3/4 partes de condena (17/09/2010), privan al permiso del elemento teleológico previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y conforme a lo manifestado por el Tribunal Constitucional (sentencias 81/97, 204/99 y 109/00), sitúan al interno en el momento no idóneo para la progresiva preparación para la vida en libertad.

Se ha de valorar la gravedad de la tipología delictiva y el decisivo factor de la duración de la pena a la hora de proceder a la concesión de los beneficios penitenciarios, elementos que deben ser sometidos a la prudente valoración, puesto que no solo se ha valorado la personalidad del interno, sino también, debe valorarse la carrera criminal, el delito en concreto y la forma de comisión, ya que no todos los delitos son iguales, ni tienen el mismo reproche social. Todo ello son factores que, valorados en su conjunto, llevan a considerar adecuada la denegación del permiso.

Que no procede autorizar la concesión de una permiso ordinario de salida de tres días de duración propuesto por unanimidad por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería en sesión ordinaria de fecha 26 de Diciembre de 2008, a favor del interno S.B.G.

**84.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE  
FECHA 30/04/09**

**Desestima recurso, pero requiere al Centro Penitenciario y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a “dar explicaciones sucintas pero suficientes de las causas concretas de denegación”.**

Con fecha 13 de enero de 2009, y por el del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

Se desestima el Recurso de Reforma interpuesto por el interno M.S.M., contra el auto de fecha 15 de diciembre de 2008, confirmando íntegramente el mismo en sus propios términos.

Por M.S.M., se recurre en apelación el Auto de 13 de enero de 2009, que desestimando el recurso de reforma interpuesto contra el de 15 de diciembre de 2008, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León, confirmó la denegación del permiso de salida acordado por la Junta de Tratamiento el 6 de noviembre de 2008. Como motivos del recurso se alega infracción del artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria con infracción del artículo 24 y 25 de la Constitución Española al concurrir en el recurrente todos los requisitos exigibles para hacerle merecedor del permiso de salida solicitado.

El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece la posibilidad de conceder permisos de salida de hasta siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe el Equipo Técnico, a los condenados de segundo o tercer grado, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

En desarrollo de este precepto del Reglamento Penitenciario en su artículo 154 regula en los mismos términos los permisos ordinarios de salida y en el artículo 156 hace referencia al preceptivo informe del Equipo Técnico indicando que será desfavorable, cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulta 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.

Ciertamente estos preceptos establecen unos requisitos de tipo objetivo para la concesión de los permisos pero al mismo tiempo deja muy claro, por la expresión utilizada, que se trata de posibilidades y no de derechos y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencias como la 112/96, 2/97, 81/97. Así se afirma “la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social de forma que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno y esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo ni menos aun de derecho fundamental”.

Esto lleva a concluir al Tribunal Constitucional que la concesión de los permisos queda situada en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, y no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley, sino que además no han de existir otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que pueda ocasionar en relación con los fines expresados y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de esas decisiones.

Examinado el expediente y a la vista del contenido de los autos de 15 diciembre 2008 y de 13 enero 2009, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Castilla y León deben hacerse, una vez más, las siguientes consideraciones:

- 1.- Si bien es cierto que en el momento en que se dictó el primero de los autos citados aún faltaba año y medio para el cumplimiento de la condena, la lejanía a la que alude el juez debe ponerse siempre en relación con el tiempo de cumplimiento total de la condena, puesto que los permisos están orientados a la preparación para la vida en libertad y esta preparación es tanto más necesaria en cuanto mayor es el tiempo de cumplimiento de una condena.
- 2.- Difícilmente se entiende que sea necesario mayor período de observación de la evolución del interno que permita la consolidación de

- factores positivos cuando lleva más de 10 años en prisión, es decir más de 10 años en los que ha podido ser suficientemente observado.
- 3.- La tipología delictiva y la gravedad de la condena resultante es un hecho objetivo pero, al igual que ocurre con la reincidencia y profesionalidad delictiva, ha sido valorada ya en la sentencia o en las sentencias en virtud de las cuales ha sido condenado y, en su caso, a través de las correspondientes refundiciones de condena. Este dato puede ser especialmente importante si como consecuencia de la observación del interno en el centro penitenciario, con datos objetivos, y no con meras sospechas, se considera que sigue vinculado a organizaciones delictivas, no asume el delito, frecuenta grupos de extorsión..., pero por si mismo, individualmente considerado, no puede convertirse en un motivo más para denegar un permiso.
  - 4.- Si el no haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito puede servir para denegar un permiso es como consecuencia de que el no hacer frente a las responsabilidades civiles se convierte en un obstáculo para la concesión de la libertad condicional y eso a su vez determina el que en algunos casos no se vea la urgencia de preparar al interno para la vida en libertad. Pero en este caso resulta que al interno ya se le concedió en su día la libertad condicional, aunque después le haya sido revocada. Por ello se trata de un argumento que, como los anteriores carece de valor para fundamentar una resolución desestimatoria de las pretensiones del interno.
  - 5.- Ciertamente se trata de un interno portugués, pero cuenta con el acogimiento de un familiar cercano.
  - 6.- No tiene ingresos económicos, como prácticamente ningún interno.
  - 7.- Su trayectoria laboral ha sido escasa debido a su adicción a los tóxicos y a la permanencia en prisión pero no puede considerarse como un factor negativo más el considerarle politoxicómano desde los 16 años, cuando en ninguno de los Informes unidos al expediente se hace referencia a que actualmente consuma drogas o sustancias estupefacientes.
  - 8.- El nivel de prisionalización es alto, pero también se ha dispuesto de mucho más tiempo para intentar la resocialización del interno.

9.- No puede considerarse como un factor negativo más el que no es sino la suma de todos los anteriores. Es decir, el riesgo muy elevado de quebrantar la condena se deduce (por todo ello, dice el auto recurrido) de todos los demás factores.

10.- Esta audiencia no entiende hasta qué punto es un factor negativo el tener un pensamiento concreto y estereotipado, en expresión utilizada por la psicóloga, sin dar más explicaciones.

Pese a todo ello debe desestimarse el recurso interpuesto ya que consta en el expediente revocada la libertad condicional por incumplimiento de la reglas de conducta, siendo recientemente regresado de grado de tratamiento.

No obstante, es aconsejable que tanto por el Centro Penitenciario, como por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en lo sucesivo se den explicaciones, sucintas, pero suficientes, de las causas concretas de denegación de permisos u otros beneficios penitenciarios, que en el caso que nos ocupa consistiría en informar de cuál fue la condición impuesta al interno para concederle la libertad condicional y cuyo incumplimiento ha dado lugar a la revocación de la misma. Sólo así se puede tener un conocimiento completo de todas las circunstancias que afectan a los internos.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser desestimado, confirmando íntegramente el Auto recurrido, sin hacer expresa imposición en costas.

Parte dispositiva. La Sala resuelve: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado, interno en el establecimiento de Topas, M.S.M., contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, de fecha 13 de enero de 2009, el que se mantiene en todo su contenido, sin hacer expresa imposición en costas.

**85.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 4  
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA - CASTELLON DE  
FECHA 17/07/09**

**No autoriza permiso propuesto por la Junta de Tratamiento, pese al buen aprovechamiento, al parecer, de un permiso anterior.**

En fecha 19 de junio de 2009 se recibió en este Juzgado propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Castellón, al objeto de que fuese aprobado un permiso de salida ordinario de 3 días al interno de dicho Centro J.P.C.D.

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en su primer párrafo, 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 el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Y en relación a los permisos de salida, el párrafo segundo del mismo precepto concreta la competencia al establecer, en su letra i) que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia (...) autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

Los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154.1 del Reglamento Penitenciario establecen la posibilidad de conceder permisos ordinarios de salida de hasta siete días, y por un total de treinta y seis o bien de cuarenta y ocho días al año, según se encuentren los internos clasificados en segundo o tercer grado, previo informe del Equipo Técnico, a aquellos que, siendo penados, reúnan una serie de requisitos, entre los que, en todo caso, deberá concurrir el haber extinguido una cuarta parte de la condena y no observar mala conducta.

No obstante, dichos requisitos tienen el carácter de mínimo necesario, pero no suficiente, habida cuenta de que cuando concurren todos ellos le es posible a la Junta no proponerlos y al Juez de Vigilancia denegarlos, como se deduce de la expresión inicial del artículo 154.1 del RP “se podrán conceder”. Así para la concesión de los permisos ordinarios se ha



de examinar, en primer lugar, la concurrencia de los requisitos mínimos establecidos en el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario y en segundo lugar, y acorde con el principio de individualización científica que rige en nuestro Sistema Penitenciario, se han de valorar otros factores, como son la personalidad del interno solicitante, su disponibilidad económica, su vinculación familiar, su etiología y antecedentes delictivos, el lugar donde desee disfrutar el permiso en caso de ser concedido y el entorno social al que está llamado a reintegrarse una vez alcanzada la libertad definitiva, así como todos los demás factores de los que pueda deducirse el uso del permiso por el interno, y especialmente el tiempo de condena que al Interno le resta por cumplir y las causas que le atañen pendientes de Sentencia y/o firmeza, debiendo realizarse una ponderación individualizada en relación al caso concreto.

En el presente supuesto, no puede autorizarse el permiso propuesto por el Centro Penitenciario habida cuenta que J.P.C.D. se halla cumpliendo una condena total de quince años y medio de prisión por una pluralidad de delitos de análoga naturaleza, que no extinguirá hasta el 15 de febrero de 2016; y si bien es cierto que como dice el Centro Penitenciario, el interno recientemente disfrutó de un permiso de salida, y parece que realizó un buen aprovechamiento del mismo, ello no debe hacer la concesión de los permisos en algo automático, constando que el mismo presenta un elevado riesgo de quebrantamiento (T.V.R. 45); y así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Castellón en su reciente Auto de 19 de noviembre de 2008, en el que concluye que “en ese equilibrio que acompañan a toda pena privativa de libertad, máxime cuando se trata de importantes condenas como es el caso, no parece conveniente una mimética concesión de otro permiso que, al igual que el anterior, debe estar orientado fundamentalmente a facilitar un reintegro a la sociedad que se presenta en estos momentos como lejano, de modo que sin negar el estímulo que su mesurada concesión pueda suponer de cara a la consolidación de cuanto con su comportamiento apunta el recurrente, dado que igualmente importante resulta la necesidad de una completa reflexión sobre lo inadecuado de su comportamiento”.

No se autoriza la propuesta de permiso de salida ordinario de 3 días, al interno J.P.C.D., que ha sido propuesto por Junta de Tratamiento de fecha 4 de junio de 2009 del Establecimiento Penitenciario de Castellón II.

**86.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 24/06/09**

**Estima queja del interno sobre notificación del acuerdo denegatorio de permiso, debe precisar si se adopta por unanimidad o mayoría.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, F.J.M.G., poniendo de manifiesto que en la notificación del acuerdo de la Junta de Tratamiento denegatorio del permiso solicitado, no se expresó si dicho acuerdo había sido adoptado por unanimidad o por mayoría.

Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la estimación de que queja.

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 estimación de aquella conforme a lo prevenido en el artículo 76.2 apdº g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 162 del Reglamento Penitenciario ya que, teniendo en cuenta que el acuerdo de la Junta de Tratamiento ha de “ser notificado al interno para posibilitar su recurso ante el juzgado de vigilancia penitenciaria, dicha notificación ha de ser exacta en su contenido y, por lo tanto ha de expresar, si la decisión de la Junta de Tratamiento ha sido adoptada de manera unánime o por mayoría de sus componente.

Que debo estimar y estimo la queja presentada por el interno del CP de Albolote, F.J.M.G., sobre notificación del acuerdo de la Junta de Tratamiento en materia de denegación de permisos y, en su consecuencia, debo acordar y acuerdo que, en lo sucesivo y a todos los internos, en la notificación que a los mismos se realice de los acuerdos de la Junta en orden a concesión o denegación de permisos, se haga constar si dicho acuerdo se adopta por unanimidad o por mayoría.

## PERMISO EXTRAORDINARIO

### 87.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 29/06/09

**Estima recurso y concede permiso extraordinario “para asistir al bautizo de su hija”.**

En este Juzgado se sigue expediente, a instancia del interno del Centro Penitenciario de Bonxe, P.F.P., sobre recurso contra acuerdo del Centro Directivo por el que se le deniega la concesión de un permiso extraordinario, acuerdo de fecha 15 de junio de 2009. Admitido a trámite el recurso, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió el preceptivo informe.

La Ley Penitenciaria y su Reglamento previenen la concesión de permisos de salida de los Centros Penitenciarios a los internos en los mismos, en los artículos 47 y 155 respectivamente; estableciéndose dos tipos de permiso: extraordinarios -que deben concederse salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan- en los casos de enfermedad grave o fallecimiento de los parientes más próximos o personas íntimamente vinculadas con los internos, en supuestos de alumbramiento de las esposas de éstos así como por otros importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza.

En este caso se solicita el permiso para asistir al bautizo de un hijo, lo que se acredita por la certificación del Párroco, motivo que debe considerarse subsumido en la cláusula abierta “por importantes y comprobados motivos” que se recoge tanto en la Ley como en el Reglamento Penitenciario. No cabe duda que el bautizo de un hijo es un acontecimiento familiar importante, puntual e irrepetible, y en un día tan señalado también es importante para la madre y el resto de la familia más cercana y por tanto debe accederse al disfrute del permiso solicitado en coincidencia con el criterio expresado por la Junta de Tratamiento. Ahora bien, al no encontrarse el interno en alguno de los supuestos del artículo 155-6 del Reglamento penitenciario (tercer grado o segundo grado con disfrute

habitual de permisos) no puede concederse en régimen de autogobierno adoptándose las medidas de seguridad oportunas.

Se resuelve: Acceder a la concesión del permiso extraordinario al interno P.F.P. para que pueda asistir a al bautizo de su hija por el tiempo indispensables para esta finalidad que en todo caso no podrá exceder de 12 horas, y adoptándose las medidas de seguridad que se estimen oportunas.

## **OTROS**

### **88.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 2 DE FECHA 12/06/09**

#### **Cómputo de permisos.**

Con fecha 2 de abril de 2009 se dictó auto en el presente expediente en el cual se concedía un permiso ordinario de salida de seis días a A.M.G.F., interno en el Centro Penitenciario de Teruel.

Con fecha 6 de mayo de 2009 dicho interno remitió escrito a este Juzgado interponiendo queja contra el citado Centro Penitenciario ya que según le hablan manifestado no podía disfrutar el permiso concedido hasta el mes de julio.

Con fecha 11 de mayo de 2009 se solicitó informe al Centro Penitenciario sobre la queja formulada y, recibido que fue, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, quién lo emitió en el sentido de “solicitar la suspensión del permiso concedido hasta primeros del mes de julio”.

Del examen de la instancia del interno A.M.G.F. y de la información recabada del Centro Penitenciario de Teruel se desprende que la cuestión controvertida se constriñe al cómputo de los permisos de salida, pues al citado interno no le es permitido el disfrute del permiso autorizado en

expediente PER 162/09-F hasta el día 1 de julio de 2009 porque a los permisos que habitualmente disfruta se le ha sumado el concedido por la Audiencia Provincial en expediente PDE 351/08-F y disfrutado en el año 2009, lo que conlleva, y se entiende que este es el motivo de la denegación, que podría disfrutar de más días de los contemplados en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que son 36 al año para los penados en segundo grado.

La queja que presenta debe ser estimada pues el permiso concedido por la Audiencia Provincial corresponde a un acuerdo de la Junta de Tratamiento adoptado en el año 2008 y por tanto a una situación previa del interno que fue valorada positivamente por el órgano de apelación. Por ello, dicho permiso debe computarse en la citada anualidad independientemente de que su disfrute, por el transcurso del tiempo, haya tenido lugar en el año 2009.

En atención a lo expuesto decido: Estimar la queja que presenta A.M.G.F., interno en el Centro Penitenciario de Teruel, y acordar que el permiso disfrutado en virtud del expediente PDE 351/08-F se compute en el año 2008, sin que su disfrute en el año 2009 perjudique los permisos que corresponderían en esta anualidad.

## **89.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SORIA DE FECHA 30/09/09**

**Se estima la queja del interno sobre estudio de los permisos. Deberá realizarse una vez por trimestre.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno J.J.D.O., sobre el estudio de sus permisos.

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 de que la Junta de Tratamiento sólo le estudia los permisos dos veces al año. Si bien es cierto que el citado sistema garantiza que los internos puedan disfrutar de los días de permiso reglamentariamente establecidos, 18 o 24 días según su clasificación, y que ni la Ley Orgánica General Penitenciaria ni el Reglamento Penitenciario establecen el plazo concreto en que a los internos se les han de estudiar los permisos, la Instrucción 3/08 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias prevé que se procederá a un nuevo estudio cuando haya mediado más de tres meses desde el anterior si no existe modificación de las circunstancias del interno. Este plazo que cumple la Junta de Tratamiento de Soria al realizar el estudio cada seis meses, salvo las excepciones debidamente concretadas, se estima excesivo para el perfil de internos que actualmente cumplen condena en el Centro Penitenciario, considerando razonable que cuando no haya modificación de circunstancias, los permisos se estudien cada tres meses, lo que permitiría un seguimiento más exhaustivo e inmediato, al menos judicialmente de su actividades, relaciones sociales, etc.

Se estima la queja del interno J.J.D.O., en el sentido de que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Soria deberá de estudiar los permisos del interno una vez al trimestre si no se produce modificación en sus circunstancias que exijan el estudio inmediato.

## 90.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA NÚMERO 1 DE FECHA 16/11/09

**No confirma suspensión del permiso pese a haber sido sancionado el interno por falta grave.**

El interno C.A.E.M. tiene concedido -de manera firme- un permiso ordinario de 6 días por Auto de este Juzgado de fecha 19-10-2009. El Director del Centro Penitenciario suspendió cautelarmente dicho permiso por los motivos aducidos en su informe y que obran en autos.

El Artículo 157 del Reglamento Penitenciario contempla dos supuestos, con dos posibles consecuencias: la suspensión y la revocación -o dejar sin efecto- un permiso concedido y -debe entenderse- aprobado judicialmente. La primera consecuencia -suspensión: se anuda a aquellos supuestos en que, aprobado el permiso de salida, “se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión”, y, en la medida en que la Administración Penitenciaria no puede dejar sin efecto una resolución judicial, se le autoriza a que suspenda cautelarmente el disfrute del permiso por el interno, a la espera de la confirmación de tal suspensión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en lo que ahora interesa. En una interpretación sistemática del precepto, relacionándolo con el del párrafo segundo, en tal supuesto de hecho el resolver “lo que proceda” tan solo puede entenderse referido a la suspensión, confirmándola o levantándola, y no a la anulación, revocación o dejar sin efecto definitivamente el permiso autorizado, pues ello se autoriza tan sólo en el más específico caso del referido párrafo segundo: fuga o comisión de nuevo delito.

Ciertamente, el artículo 157.2 contempla el supuesto de hecho de aprovechamiento de un permiso de salida para la fuga o para la comisión de un nuevo delito, y a ello anuda la consecuencia de que “quedará sin efecto el permiso concedido”.

En primer lugar debe sentarse que, en interpretación lógica, el permiso al que se refiere el precepto no es tanto el que se está disfrutando cuando se produce la fuga o se comete el delito -que también, lógicamente-, como el que pudiera tener pendiente de disfrute el interno. Pero, además, dicho precepto está en relación de especificidad respecto del primer párra-

fo y la consecuencia de “quedar sin efecto” el permiso -esto es, revocarlo o su pérdida definitiva por el interno- sólo puede darse en los supuestos que contempla.

Entender que la “suspensión” del párrafo primero puede ser definitiva haría perfectamente inútil el párrafo segundo, en cuanto la fuga o la comisión de un delito en sí mismos significan hechos que varían las circunstancias de la concesión del permiso, y en cuanto “suspender definitivamente” equivale a dejar sin efecto.

De todo ello se desprende que cuando se aprecie la existencia de hechos que varían las circunstancias de concesión del permiso, suspendido cautelarmente éste, el Centro Penitenciario deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria informando sobre qué hechos modifican qué concretas circunstancias de las que se tuvieron en cuenta para la concesión del permiso suspendido. La suspensión significará el no disfrute del permiso mientras subsista la modificación de las circunstancias, pero no su revocación o anulación, pues cuando aquéllas vuelvan a darse, el permiso podrá ser disfrutado poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia que confirmó la suspensión. Así, en supuestos de comisión de una falta antes del disfrute de un permiso autorizado, que incida en la valoración de la conducta del interno -tenida en cuenta para autorizar aquél-, después de la cancelación de la misma por cumplimiento de la sanción y transcurso del tiempo establecido reglamentariamente, el permiso autorizado podrá ser disfrutado debiéndose levantar la suspensión.

En el presente caso, el informe que motiva la resolución se refiere a la imposición de una sanción al interno por falta grave por hechos consistentes en poseer en su celda aparatos prohibidos por normas de régimen interior del Centro Penitenciario y, en concreto: un MP3, un cargador de batería de móvil y un cable adaptador.

Pues bien, los hechos no pueden tener la incidencia pretendida por el Centro Penitenciario puesto que, al fin y al cabo, no se trata de aparatos peligrosos sino de aparatos habituales para cualquier ciudadano en la sociedad actual y que, quizás, el interno hasta ignoraba su prohibición puesto que es difícil adivinarlo. De hecho, este Magistrado nunca lo hubiera imaginado.



Es por ello que no se suspende el permiso, sin perjuicio de que el interno reciba un ejemplar de las normas de régimen interior de ese Centro Penitenciario a fin de que en lo sucesivo cumpla con tales normas.

Se resuelve: No suspender el permiso concedido al interno de referencia por Auto de este Juzgado, de fecha 19-10-2009, el cual deberá de ser disfrutado.



# **CAPÍTULO 14**

## ***PRISIÓN PROVISIONAL***



## **DOBLE ABONO**

### **91.- SENTENCIA 1391/2009 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 10/12/09**

**Abono de prisión provisional. Doble cómputo según Sentencia 57/08. Referencia a la nueva redacción del artículo 58 del Código Penal en el Proyecto de Reforma del Código Penal.**

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó Auto de fecha 02/03/09, que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho:

“Por sentencia nº 72/2008 de fecha 15 de diciembre de 2008, firme en virtud de Auto del día 18 siguiente, dictada por la Sección 1ª de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Rollo 31/06 (Sumario 12/06 del Juzgado Central de Instrucción nº 6) se condenó a B.E.E.M., por delito contra la salud pública a las penas de cuatro años de prisión y multa de 40.000 euros con una responsabilidad personal en caso de impago de treinta días.

Previo informe de 23 de diciembre de 2008 del Centro Penitenciario Madrid III en orden a la prisión preventiva abonable y fecha de inicio de cumplimiento, se practicó en la presente Ejecutoria 49/2008 liquidación de condena en fecha 7 de enero de 2009 abonándose como tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente 699 días (del 18 de enero de 2005 al 17 de diciembre de 2006) y fijando como inicio de cumplimiento el 14 de junio de 2010 y extinción el 12 de agosto de 2012, liquidación en la que no se abonaba como prisión preventiva el periodo comprendido

desde el 18 de diciembre 2006 hasta la firmeza de la sentencia por haber iniciado en aquella fecha (18-12-06) cumplimiento de condena por la Ejecutoria 67/06 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante (Rollo de Sala 150/04, Procedimiento Abreviado 2/04 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Torreveija); liquidación de condena que la Sección 1ª aprobó por Providencia de 15 de enero de 2009.

La representación procesal del referido penado interpuso en tiempo y forma recurso de súplica contra dicho proveído de 15 de enero de 2009; recurso al que parcialmente se adhirió el Ministerio Fiscal al evacuar el traslado conferido.

El 20 de enero de 2009 el Centro Penitenciario de Alicante interesó nueva liquidación de condena al haber sido suspendida por Auto de tal fecha de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante la ejecución de la pena privativa de libertad (tres años de prisión y seis meses de arresto sustitutivo por impago de multa) a que se contrae la Ejecutoria 67/06, señalando como día inicial de cumplimiento el 23 de diciembre de 2008 - fecha de recepción del testimonio de la sentencia- y como prisión preventiva abonable del 18 de enero de 2005 al 17 de diciembre de 2006.

En proveído de 11 de febrero de 2009 la Sección 1ª acordó avocar al Pleno la resolución del recurso de súplica formulado por la defensa del penado y por Providencia del Pleno de 23 siguiente se designó Ponente y se señaló para la deliberación y votación el 26 también de febrero de 2009”.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó el siguiente pronunciamiento: “ Estimar parcialmente el recurso de súplica formulado por el Procurador en la representación que ostenta del penado F. contra la Providencia de 15 de enero de 2009 por la que se aprobó la liquidación de condena practicada el día 7 anterior, providencia y liquidación que se revocan y dejan sin efecto y en su consecuencia, que se practique nueva liquidación de condena teniendo como fecha de inicio de cumplimiento el 18 de diciembre de 2008 y como privación de libertad preventiva sufrida y abonable en la presente ejecutoria desde el 18 de enero de 2005 al 17 de diciembre de 2006, no abonándosele al periodo desde el 18 de diciembre de 2006 al 17 de diciembre de 2008 en que cumplió condena por la Ejecutoria 67/06 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante.- Comuníquese la presente resolución junto a la

liquidación de condena que se practique por la Sra. Secretaria al Centro Penitenciario donde el penado se encuentra interno y remítase copia a la Sección 7ª de Alicante para su constancia”.

Se formula Voto Particular por uno de los Magistrados integrantes de la Sala al discrepar del criterio mayoritario del Tribunal.

Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de B.E.E.M., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en referencia a lo descrito en el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en todo caso al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional, del derecho fundamental a la libertad recogido en el artículo 17 de la Constitución Española, así como del derecho de igualdad y del derecho de los penados (artículo 25 de la Constitución Española), concatenado con el artículo 58 del Código Penal.

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por vulneración de los artículos 87 y 84 del Código Penal.

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por vulneración del artículo 58 del Código Penal.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los Autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 25 de noviembre de 2009.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso de súplica formulado por el hoy recurrente (Auto de 02/03/09, que es el recurrido), acordando sustancialmente practicar una

nueva liquidación de condena pero excluyendo de la misma el abono del período de prisión preventiva sufrido en la causa de referencia desde el 18/12/06 al 17/12/08, lapso de tiempo en el que cumplió condena derivada de una ejecutoria seguida al mismo en la Audiencia Provincial de Alicante, de forma que del total de prisión preventiva a la que estuvo sujeto por la Audiencia Nacional (18/01/05 hasta el 18/12/08, fecha de firmeza de la sentencia) se le restó como no abonable el período mencionado más arriba. El recurso de casación planteado tiene por objeto la revisión de este particular del fallo y que se declare la vulneración del artículo 58.1 del Código Penal, en cuanto ordena que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, como es el caso, invocando expresamente el alcance constitucional fijado para la interpretación de este apartado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/08, de 28/04. Se aduce además un segundo argumento en relación con la suspensión de condena acordada por la Audiencia Provincial de Alicante, concedida dos años y dos meses después de que la sentencia fuese ejecutoria, estimando que en todo caso se debe prescindir de ese lapso de tiempo a los efectos del cumplimiento de la condena, con lo cual no existiría el doble cómputo de la prisión. Esta argumentación se traslada a los tres motivos formalizados, pudiéndose analizar conjuntamente el primero y el tercero que desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución Española y de la infracción de ley, artículo 58 del Código Penal, resultan inescindibles por cuanto la vulneración de la legalidad ordinaria es consecuencia de la del derecho a la libertad conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional desarrollada en la interpretación del precepto sustantivo, mientras que el segundo, ex artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acusa la vulneración de los artículos 87 y 84 del Código Penal.

La Audiencia Nacional, tras exponer con detalle los antecedentes del caso, en el fundamento de derecho tercero del Auto recurrido resuelve el núcleo de la cuestión planteada, es decir, el alcance que debe darse al mandato legal del artículo 58.1 del Código Penal. Para ello parte de la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 siguiendo “la argumentación contenida en el fundamento 7” de la misma, razonando que solo en aquellos casos en que se de “una efectiva y real afectación de la situación del penado por la coincidencia de preso preventivo, perjuicio y no simple ale-



gación de pérdida de expectativas de derecho a beneficios o recompensas penitenciarias que debe concretarse por la parte o quedar evidenciada en la ejecutoria para que se llegue al doble cómputo que en su fundamento 6 aquella sentencia entiende imponerse por una interpretación literal del artículo 58.1.....”, de forma que “... solo cuando se produzca el perjuicio por pérdida de beneficios o recompensas se dará el doble cómputo de cumplimiento en una causa y de prisión provisional abonable como cumplimiento en otra”, y como este no es el caso, sin que ni siquiera se alegue tal perjuicio, debe ser excluido del abono el lapso de tiempo en que coinciden la prisión provisional y el cumplimiento de la pena.

Frente a lo anterior debemos oponer que un argumento “a fortiori” no puede constituir la fuente exclusiva de la interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el caso, teniendo en cuenta que el fundamento séptimo tiene como objeto responder a argumentos esgrimidos en los Autos recurridos (de la Audiencia Provincial de Las Palmas) en el caso y expresamente manifestados por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones ante el propio Tribunal Constitucional, desgranando éste determinados preceptos de la normativa penitenciaria que pueden discriminar la situación del preso preventivo que también está cumpliendo como penado, concluyendo con carácter general y fuera del caso concreto que “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, solo padece una «privación de libertad meramente formal»”. De aquí se desprende que no es posible establecer como “ratio” de la decisión la existencia concreta y probada de un perjuicio penitenciario, lo que además se desprende, como ahora veremos, del conjunto de la sentencia, cuyas claves podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- a) el eje determinante de la misma gira en torno a la vulneración del derecho fundamental a la libertad, por haber podido estar privado de ella el condenado fuera o al margen de los requisitos legales;
- b) la Sentencia del Tribunal Constitucional sienta el principio de aparente igualdad que cumple la prisión provisional y la pena de prisión, bajo la idea de que una misma circunstancia, privación de libertad, cumple materialmente una doble función, no obstante reconocer la diferente naturaleza o funcionalidad de ambos institutos;

- c) la ausencia de expresa previsión legal de esta situación, lo que no se considera un mero “olvido” del Legislador, sino una expresa voluntad de no excluir tal posibilidad de un doble cómputo;
- d) el diferente tratamiento penitenciario de ambas situaciones; y
- e) como corolario de todo lo anterior establecer la consecuencia esencial, que es la clave de la sentencia, de que carece de cobertura legal la decisión de no abonar al penado en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en la misma causa en la que luego fuera condenado, porque ya había sido abonada en otra en la que estaba cumpliendo condena, cuya privación de libertad coincida en el tiempo con la anterior. Recuerda el Tribunal Constitucional que “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”, no siendo 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”. Igualmente, añadimos nosotros, tampoco sería aceptable que en estos casos la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado teniendo que justificar su discriminación penitenciaria en base a la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, que es sucesora de las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999 y 71/2000, establece como consideraciones generales que la prisión provisional como medida cautelar de naturaleza personal, teniendo en cuenta su finalidad primordial y la distinta funcionalidad que tiene en relación con 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, pueda negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal”, añadiendo 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”.

Por otra parte, es explícita la relación del hecho de la privación de libertad y el derecho fundamental a la misma proclamado en el artículo 17.1 de la Constitución Española, afirmándose en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que analizamos que la cuestión que se suscita (en el caso examinado que coincide con el presente) “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”. Recordando el Tribunal Constitucional lo anterior, a partir de este planteamiento, llega a la conclusión (fundamento jurídico octavo) que carece de cobertura legal “la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa, 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”. La sentencia refuerza y cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del artículo 58.1 del Código Penal, cuando dice en el fundamento jurídico sexto, 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 de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo”.

Este es el alcance de la lectura de la sentencia invocada por el recurrente y aplicada solo parcialmente por la Sala de instancia. Es cierto que no declara la inconstitucionalidad, ni podría hacerlo, del precepto sustantivo, pero se trata de una sentencia interpretativa que no se contrae a proclamar la vigencia de un derecho subjetivo, sino que fija la lectura constitucional de un precepto del Código Penal excluyendo otras como contrarias al derecho fundamental a la libertad. Por todo ello debe ser el Legislador, como resulta de la redacción contemplada en el último proyecto de Ley Orgánica (121/000052) que modifica el Código Penal (ver también el Capítulo IV de la memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2009), quien debe dar una nueva redacción al artículo 58.1 del Código Penal para salvar el supuesto de coincidencia de privación de libertad provisional con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa. El Tribunal Constitucional no prejuzga bajo

otra redacción del precepto que una solución distinta impuesta por el Legislador vulnere el derecho fundamental a la libertad.

Por todo ello, en la medida que la Audiencia Nacional ha aplicado al caso la doctrina constitucional vigente sobre la materia de forma parcial, el recurso debe ser estimado, siendo ya ocioso entrar en el análisis del segundo motivo, cuyos argumentos, por otra parte, han sido correctamente desestimados por la Audiencia Nacional.

No obstante la estimación del recurso en los términos antedichos, por aplicación al caso de la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/08, es posible advertir en la misma una faz no explícita que puede afectar a los principios de seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad e incluso a la buena fe procesal. Es cierto que ha de convenirse con la sentencia mencionada que el artículo 58 del Código Penal ni en su redacción originaria ni en la vigente se detiene a dar respuesta, pese a su frecuente acaecer en la labor diaria de los Tribunales, a la posible concurrencia simultánea de penas y medidas cautelares privativas de libertad que hayan supuesto el ingreso del sujeto en un centro penitenciario. Ahora bien, que dicha omisión necesariamente conduzca a un ajuste estricto a la literalidad del precepto es discutible, de forma semejante a lo que ya sucediera con la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/05, respecto del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la competencia de los Tribunales españoles en materia de justicia universal, corregida posteriormente por el Legislador.

En relación con el principio de seguridad, la doctrina constitucional de la sentencia aplicada puede afectarle en una doble medida: 1) Por la ausencia de certeza que genera tal computación a la hora de prever las consecuencias sancionadoras de los actos punibles, con introducción de un factor aleatorio no expresamente previsto por el Legislador en el artículo 58 del Código Penal) Por producir idéntica falta de previsión respecto de la concreta extensión del período de ingreso en prisión que haya de cumplir quien simultáneamente ostente la condición de reo y de preso preventivo, al hacer depender dicha duración de una eventual coincidencia - o carencia de la misma- entre dos prisiones, de las que al menos una sea preventiva o provisional, incluso siempre y cuando hayan sido acordadas en diferentes procedimientos, lo que a su vez depende de extremos inciertos, como el mayor o menor rigor con el que se apliquen las reglas de conexidad (artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el

tiempo en que las causas vayan llegando a sentencia firme, la coordinación entre Juzgados, etc. Todo ello, llevado a sus últimos extremos, puede llegar a producir supuestos en los que no haya de cumplirse pena alguna si el tiempo pasado en prisión preventiva por una de ellas, computado doblemente, hace inoperante las condenas finalmente impuestas por las diversas causas que el reo tuviere pendientes y que hubieren sido objeto de enjuiciamiento y fallo condenatorio. Tal resultado puede provocar «de facto» situaciones de impunidad o, incluso, de «vaciamiento» -como afirma la Fiscalía General del Estado en la Memoria del año 2009- de las condenas, sin necesitar que haya existido un período de privación de libertad realmente equivalente a la reducción total de la pena.

Por lo que hace al principio de igualdad, porque se ven más favorecidos, gracias a ese efecto multiplicador, precisamente aquellos reos que más delitos y más largas penas acumulen, frente a quienes, en el extremo opuesto, delincan una sola vez y, por no haberse dictado respecto de ellos medida cautelar restrictiva de la libertad, no obtengan reducción alguna, por este título, de sus condenas. También pueden ocasionarse consecuencias discriminatorias incluso respecto del pluri-reincidente en sí mismo considerado, ya que serían doblemente computables los períodos que hubiere pasado en prisión preventiva, pero no los de cumplimiento efectivo de condena, todo lo cual puede colisionar a su vez con el principio de proporcionalidad de las penas.

Igualmente, se presenta el riesgo de que, con torcimiento del derecho aplicable, surjan en la práctica pautas que inciten al decaimiento de la buena fe procesal en favor del fraude de ley. Así, puede resultar que, en la práctica forense, un imputado con diversos procedimientos penales por delito abiertos en su contra, en la comparecencia de prisión se mostrara favorable, a través de su letrado, a la adopción de la medida cautelar personal para obtener de este modo un adelanto «doble» del cómputo de pena o bien, “contrario sensu”, una vez acordada la medida, no procediera el letrado defensor a solicitar con posterioridad la libertad provisional de su defendido, con idéntica y subrepticia finalidad, pese a poder concurrir los presupuestos que hubieren de abonar el alzamiento de la medida cautelar. También podría optarse por interponer múltiples recursos meramente dilatorios y ajenos a la medida cautelar para prorrogar indebidamente el desarrollo del proceso de quien «se sabe condenado» por el abundante material probatorio que lo incrimina y que, de hecho, justifica el

mantenimiento de la prisión provisional, dilatando así en el tiempo la firmeza de la sentencia (en lugar de optar, por ejemplo, por mecanismos legales como la conformidad), con la perniciosa finalidad de lograr ese doble cómputo más beneficioso para sus intereses. Podría asimismo defenderse torticeramente la división de la continencia de la causa, pues al hablar el artículo 58 de «varias causas», de nuevo favorecería al sujeto que presuntamente ha cometido varios delitos su enjuiciamiento y decisión en diferentes procedimientos, en lugar de en uno solo, con idéntica finalidad de permitirse un ulterior doble cómputo en las penas de prisión impuestas. La misma línea de desconexión se podría postular para los expedientes de refundición de condenas, al resultar «de facto» más beneficioso para el reo el doble o triple abono de la prisión preventiva que la aplicación de las reglas del artículo 76 del Código Penal. En sentido inverso, dado que el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo autoriza a que sea alguna de las partes acusadoras (Ministerio Fiscal y/o acusaciones particulares) quien interese la medida cautelar de prisión provisional, podría darse el supuesto de que el ya ingresado en prisión por otra causa no fuera puesto en prisión preventiva respecto de otra aún pendiente (por no interesar dicha comparecencia la parte procesal competente, o bien por no acordar tal medida el órgano judicial, pese a resultar precedente) para evitar que «fuesen corriendo los plazos» en todas ellas a través del tan citado cómputo múltiple: sorprendentemente, tal comportamiento favorecería la más pronta puesta en libertad del sujeto cuanto más peligroso fuere, en abierta oposición a los fines que inspiran la medida cautelar de prisión provisional, según se desprende de los artículos 502 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así las cosas, esta interpretación provoca la creación de “facto”, de un beneficio penitenciario no previsto precisamente por el Legislador, con clara incidencia en materia de ejecución de condenas y con efectos incalculables e imprecisos, al quedar el licenciamiento definitivo al albur del caso concreto, quebrando el principio de legalidad en materia penal y penitenciaria.

Esta Sala de Casación debe reiterar el contenido del Acuerdo alcanzado por la misma en su reunión plenaria de 20/02/08, especialmente en su apartado relativo a que la previsión del artículo 123 de la Constitución Española “tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado -en este caso, el Tribunal Constitucional y el

Tribunal Supremo- para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél”. Así pues, ha de convenirse con la Fiscalía General del Estado en el excesivo alcance que la visión del artículo 58 del Código Penal postulada en la sentencia del Tribunal Constitucional puede producir en la práctica penal, y como ya sucediera en otras materias, como la referida al principio de justicia universal, o la misma prescripción, es razonable que el Legislador en el reciente Proyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal introduzca la reforma del artículo 58 para eliminar cualquier duda sobre la cuestión, proponiendo expresamente como redacción a dar al inciso primero que «el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella».

Ex artículo 901.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

Que debemos declarar haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por F. frente al Auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fecha 02/03/09, sobre aprobación de liquidación de condena en la ejecutoria 49/08 de la Sección Primera, casando y anulando el mismo, debiendo abonar la Sección mencionada todo el tiempo que el recurrente estuvo sujeto a prisión provisional en la causa, como se desprende de lo dicho en el fundamento primero de esta sentencia, declarando de oficio las costas del recurso.

## **92.- AUTO 202/2009 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 7ª DE FECHA 14/04/09**

### **Doble abono de prisión preventiva.**

La representación procesal del interno interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid dictado en la eje-

cutoria 2280/07 por el que se aprueba la liquidación de la condena practicada por entender que le deben de ser abonados los días que estuvo en prisión preventiva por esta causa desde el 21 de noviembre de 2005 hasta el 12 de febrero de 2007 que no le han sido abonados, según se refleja en el auto recurrido, por haber sido ya cumplidos en la ejecutoria 1463/04 de ese mismo Juzgado, entendiendo el recurrente que ello no impide que le sean abonados en la presente ejecutoria en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 57/2008 de 28 de abril de 2008.

Efectivamente en la referida sentencia, el Alto Tribunal examina un supuesto semejante al que ahora nos ocupa manteniendo 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 coincide simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta” y entiende que del tenor del artículo 58 del Código Penal hay que concluir que procede el “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 periodo 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 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, 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 (Fundamento Jurídico 5º)...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 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, Fundamento Jurídico 4º)”. De todo lo anteriormente expuesto el Tribunal Constitucional concluye 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”.

En consecuencia, en aplicación de dicha doctrina, y con el supuesto de no vulnerar el derecho a la libertad del recurrente, procede la estimación del recurso, debiendo de efectuarse una nueva liquidación de la condena impuesta, abonándose al condenado como prisión preventiva la totalidad

del tiempo en que estuvo en prisión preventiva por esta causa, e incluyéndose por lo tanto el comprendido entre el 21 de noviembre de 2005 hasta el 12 de febrero de 2007 que no le habían sido abonados.

No cabe hacer pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en esta instancia que serán de oficio conforme a lo establecido en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

La Sala acuerda

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador contra el auto de 23 de enero de 2009 dictado por el Juzgado de lo Penal de Ejecuciones Penales nº 12 de Madrid en ejecutoria 2280/07, debiendo de efectuarse una nueva liquidación de la condena impuesta, incluyéndose como abono por prisión preventiva el período comprendido entre el 21 de noviembre de 2005 y el 12 de febrero de 2007 ambos inclusive, que no le habían sido abonados, y declarándose de oficio las costas de esta alzada.

### **93.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 1 DE FECHA 28/09/09**

**Abono de prisión preventiva por aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008.**

En el escrito que tuvo entrada en este Juzgado el 19.07.2009 solicitó el interno J.D.G.G. que se le abonase el tiempo que permaneció preso preventivo en las Diligencias Previas nº 4525/02 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza (posteriormente causa 214/03 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Zaragoza), desde el 25-10-2002 al 29-07-2003, en la ejecutoria nº 57/04 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por la que actualmente cumple condena.

El Ministerio Fiscal, 07-09-2009, ha informado que no se opone al abono de prisión preventiva conforme a lo dispuesto en el artículo 58 del

Código Penal, respecto del periodo de tiempo comprendido entre el 25-10-2002 al 12-11-2002. Si bien se opone a que se le abone el período comprendido entre el 13-11-2002 al 29-07-2003, al coincidir ese período con el cumplimiento de pena impuesta en virtud de la ejecutoria nº 153 /02 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Zaragoza. Según el Ministerio Fiscal no es posible que un mismo periodo de privación de libertad pueda abonarse en dos causas distintas.

A la vista de cuanto se ha actuado en este procedimiento y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal, procede abonarle al interno J.D.G.G. el tiempo que estuvo en prisión provisional desde el 25-10-2002 al 07-11-2002 en las Diligencias Previas nº 4525/02 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza, posteriormente transformadas en causa 214/03 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Zaragoza, ya que tal periodo de tiempo no le ha sido abonado en otra causa y además la citada medida cautelar fue posterior a los hechos delictivos por los que actualmente cumple condena. Se le abona hasta el día 08-11-2002 y no hasta el 12-11-2002 como solicita el Ministerio Fiscal, ya que según el Centro Penitenciario Madrid III, el día 08-11-2002 el citado interno empezó a cumplir condena por la Ejecutoria nº 153/02 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Zaragoza.

Respecto del periodo de tiempo comprendido entre el 08-11-2002 al 29-07-2003, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal se opone a que ese periodo que estuvo preso preventivo (Diligencias Previas 4525/02 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza), le sea abonado a pesar de haber sido absuelto, ya que en esas fecha se encontraba cumpliendo condena por el Ejecutoria nº 153/02 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Zaragoza; no es posible estimar los argumentos del citado Ministerio Fiscal (un mismo periodo de privación de libertad no puede abonarse a dos causas distintas), y a que el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 57/08, ha declarado que si es posible que un periodo en prisión, pueda ser abonado a dos causas, siempre y cuando coincidan una prisión preventiva y el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme.

En la citada resolución el Tribunal Constitucional aborda de manera directa la cuestión planteada en este procedimiento. Tal cuestión no es otra que la de determinar que sucede cuando un interno le coincide en el tiempo el cumplimiento de una condena y una prisión preventiva decretada lógicamente en otra causa.

En la Sentencia n° 57/2008, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que en esos supuestos, el periodo de privación de libertad del interno, le es computable de forma doble, en la causa por la que cumple condena y en la causa en la que se decretó la prisión provisional.

Para llegar a esa conclusión el Tribunal utilizó como argumento lo que literalmente a continuación se transcribe: “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 penas 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 hacerle. 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 (Fundamento Jurídico 5º)” (Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional)

En otra parte de la citada sentencia, se refuerza el argumento del Tribunal Constitucional al indicar. “Finalmente tampoco puede considerarse, como se hace implícitamente en los Autos recurridos y expresamente 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 o afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (artículo 23.3, 29.2 104, 154

159 y 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, solo padece “una privación de libertad formal” (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, Fundamento Jurídico 4º).

A la vista de todo lo expuesto procede abonar al interno J.D.G.G. dos periodos de libertad provisional, desde el 25-10-2002 al 07-11-2002, por permitirlo el artículo 58 del Código Penal y desde el 08-11-2002 al 29-07-2003 por permitirlo la Sentencia nº 57/2008 (artículo 5-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La causa en la que se abonará dicho periodo de prisión provisional será la Ejecutoria nº 57/04 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Zaragoza

Abónese a J.D.G.G. en la causa por la que cumple condena (ejecutoria nº 57/04 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Zaragoza), la prisión provisional que sufrió dicha persona desde el 25-10-2002 al 29-07-2003 en las Diligencias Previas 4525/02 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza, posteriormente transformadas en la causa nº 214/03 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Zaragoza.

## **NO ABONO**

### **94.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 17/03/09**

**No aplica el “doble abono” Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008. Al entrar a examinar las circunstancias concretas de cumplimiento y entender que la concurrencia de la condición de penado y preventivo no se derivaron perjuicios para el interno.**

La presente ejecutoria n° 225/2006 de la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal, dimana de la causa Sumario 9/2002 seguido por delito contra la salud pública, que principió como Diligencias Previas n° 156 del Juzgado Central de Instrucción n° 3 el 21 de mayo de 2001.

En ella recayó Sentencia condenatoria contra A.B.Y. y otros, dictada por la mencionada Sección el 29 de septiembre de 2004. Se le imponía a éste la pena de trece años de prisión. Tras el oportuno recurso de casación su pena, quedó fijada, en diez años de prisión, en sentencia firme así declarada por auto de 19 de septiembre de 2006.

En esta causa B.Y. sufrió una primera prisión preventiva, desde el 17 de septiembre de 2001 al 19 de septiembre de 2003 en que fue puesto en libertad.

Tras dictarse la sentencia de 29 de septiembre de 2004, la Sala acordó constituirle de nuevo en prisión hasta la mitad de la pena impuesta haciéndolo por auto de 2 de diciembre de 2004, y sufriendola- desde el día siguiente, 3 de diciembre de 2004 hasta el 29 de noviembre de 2006, en el que pasó a penado con la recepción en el centro penitenciario de la Sentencia firme, que le condenaba a diez años de prisión.

Así pues, B.Y. sufrió una segunda prisión preventiva en esta causa desde el 3 de diciembre de 2004 hasta el 29 de noviembre de 2006.

De forma paralela, se produjeron los eventos siguientes.

Iniciando B. su primera fase de prisión provisional por la causa de la que dimana la ejecutoria que nos ocupa n° 226/2006 que, reiteramos, perduró desde el 14 de septiembre de 2001 a 19 de septiembre de 2003, el 17 de octubre de 2001, esta persona comenzó a cumplir la pena que le fue impuesta en una causa totalmente ajena a ésta, Sumario 4/96 del Juzgado Central de Instrucción Rollo 58/96 de la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal, que culminó con sentencia condenatoria firme, en el que se le imponía la pena de ocho años de prisión por la comisión de otro delito contra la salud pública perpetrado por él cuando se encontraba en situación de libertad condicional, pena que tras el abono de la prisión preventiva en esta causa (desde el 13 de marzo de 1996 al 9 de abril de 1997), cumplió el 4 de enero de 2005, obteniendo su licenciamiento definitivo.

En consecuencia con los datos objetivos expuestos, resulta obvio que existen dos periodos temporales en los que B.Y. se ha encontrado interno en un centro penitenciario en su doble calidad de preso preventivo por la causa dimanante del Sumario 9/2002 del Juzgado central de Instrucción n° 3, y penado en virtud de la resolución firme recaída en otro procedimiento penal.

Y tales periodos se circunscriben a los siguientes:

A) Desde el 17 de octubre de 2001 al 19 de septiembre de 2003.

B) Desde el 3 de diciembre de 2004 al 4 de enero de 2005, día en el que esta persona obtiene su licenciamiento definitivo y por ende su total liberación por sus responsabilidades penales contraídas en el ámbito del Sumario 4/96/ siguiendo en situación de privación de libertad,, pero sólo en concepto, preso” en nuestra causa, Sumario 9/2002 del Juzgado Central de Instrucción n° 3, Rollo de Sala 32/2002, a resultas de la decisión firme del Tribunal Supremo, que recayó el 20 de septiembre de 2006.

La defensa de A.B.Y. presentó escrito en la Secretaría de la Sección Tercera el 30 de septiembre de 2008, mediante el cual manifestaba que teniendo en cuenta la reciente sentencia dictada por el Tribunal Constitucional n° 57/2008 de 27 de abril, y las enseñanzas en ella contenidas que constituye doctrina, doctrina que viene a establecer que cuando una persona se encuentra interna en un establecimiento penitenciario en situación de penado extinguiendo una condena impuesta en determinada causa, pero, de manera simultánea, también se halla privado de libertad en

méritos de otra causa distinta pero en calidad de preso preventivo, tal privación de libertad ha de computarse tanto al cumplimiento efectivo de la pena en la primera causa referida, como al periodo de prisión provisional que padece en virtud o a consecuencia de otra causa distinta.

El Sr. Letrado que defiende los intereses de B.Y. mantuvo en su escrito que, en aplicación de lo determinado en la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 de 28 de abril, y extrapolando tales determinaciones al supuesto que nos ocupa, cuyos datos objetivos aparecen reflejados en la ejecutoria 225/2006 de la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal procede que “sean tomados en cuenta para el abono de días de cumplimiento, el espacio de tiempo que B.Y. ha permanecido privado de libertad por esta causa como preso preventivo, con total independencia de la coincidencia en el tiempo de la privación de libertad de esta persona por concepto bien distinto, en concreto en virtud del efectivo cumplimiento de una condena penal recaía en causa ajena a la que nos ocupa en esta ejecutoria”.

El Sr. Letrado no refirió en absoluto perjuicio alguno sufrido por el interno B.Y. cuando encontrándose en el establecimiento penitenciario en calidad de preso preventivo, inició paralelamente, el cumplimiento de una condena de ocho años de prisión por otra causa y, ni siquiera mencionó pérdida de eventuales beneficios por esa doble condición preventivo más penado, cuestión esta de indudable importancia a los efectos que ahora expondremos.

Son ya tres extensas deliberaciones habidas en el seno del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que tuvieron lugar en los plenos 1/2009, 2/2009 y 3/2009, que tenían por finalidad unificar criterios en orden a la debida aplicación del artículo 58.1 del Código Penal, cuando se producen situaciones tales como la que, de nuevo, nos ocupa ahora; es decir, cuando en un individuo confluye la doble condición de preso preventivo por una causa y penado por otra, teniendo bien presente los verdaderos parámetros establecidos por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su Sentencia 57/2008 de 28 de abril de 2008 recaída en el recurso de amparo nº 5899/2003, que aborda frontalmente esta materia.

Los miembros del Pleno, por una sobrada mayoría decidió que, al hilo de las argumentaciones plasmadas en el Fundamento 7º de la mencionada Sentencia, fundamento que introduce importantes matizaciones a las consideraciones vertidas en su fundamento anterior a la hora de decidir acer-



ca del doble cómputo de los periodo de privación de libertad como preso preventivo y como penado a la vez.

Y esto es así porque en el Fundamento 7º referido no se atiende ya, de forma exclusiva, a la literalidad del artículo 58.1 del Código Penal, muy por el contrario, enlaza su efectiva aplicación a la concurrencia de otros factores objetivos y fácilmente constatables, factores que en definitiva se reconducen a la real probanza sobre la existencia de un real perjuicio sufrido por la persona privada de libertad; y solo porque estando en situación de preso preventivo, inicia el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa, coincidiendo con la preventiva.

Debemos ahora dilucidar acerca del posible perjuicio que hubiera podido sufrir A.B. por esta situación mixta, aunque esos extremos corresponde acreditarlos al que pide el doble cómputo, y como dijimos antes, y ahora reiteramos, tales cuestiones ni se mencionaron en el escrito presentado por la defensa de B.Y. Pero a pesar de ello, si del análisis de la ejecutoria se desprendiera, este Pleno en cumplimiento de lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 57/2008 de 28 de abril, tendría que someter a su consideración dichos perjuicios a los efectos oportunos.

Así las cosas, debemos realizar ahora la siguiente abstracción. Supongamos que B. ingresó el día 17 de octubre de 2001 en el establecimiento penitenciario a los solos efectos de cumplir la pena que le fue impuesta en la causa dimanante del Sumario 4/1996, sin que esta persona se encontrara previamente interna en dicho centro como preso preventivo por el Sumario 9/2002, Rollo de Sala 32/2002 del que deriva la presunta ejecutoria 225/2006.

De manera que, con esta composición de lugar, nos encontraríamos ante un individuo que inicia el cumplimiento de su extensa condena (ocho años de prisión) en la fecha referida, 17 de octubre del 2001, y que el 19 de septiembre de 2003 permanecía en la misma situación, extinguiendo la pena que le fue impuesta hasta el 4 de enero de 2005 en que obtuvo el licenciamiento definitivo.

En ese periodo temporal -17 de octubre de 2001 al 19 de septiembre de 2003- esta persona condenada a la pena de ocho años de prisión, no podría haber obtenido permisos de salida cuando no llevaba cumplido ni siquiera

ra los dos primeros años de su condena por hechos cometidos además cuando se hallaba en libertad condicional por otra causa.

Tampoco podría pretender la obtención de la libertad condicional al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 90 del Código Penal, y que son:

- a) Encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Haber extinguido las 3/4 partes de la condena.
- c) Observar buena conducta y pronóstico favorable de reinserción.

- En cuanto al primero de los requisitos referidos, en el supuesto que analizamos no tiene cabida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36.2 del Código Penal que preceptúa: “Cuando la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”.
- En relación al segundo requisito expresado, obviamente, también se incumple, ya que las 3/4 partes de 8 años son 6 años.

Por todo lo dicho, aunque B.Y. en el repetido periodo -17 de octubre de 2001 al 19 de septiembre de 2003- hubiera permanecido interno sólo en calidad de penado, sin coincidir con la condición de preso preventivo, ningún beneficio habría podido obtener del que se haya visto privado por la coincidencia de penado + preventivo.

En cuanto a la segunda fase de esa coincidencia, de 3 de diciembre de 2004 al 4 de enero de 2005 tampoco se vislumbra perjuicio alguno que justifique el doble cómputo interesado, sin más, por el Sr. Letrado.

Por todo lo expuesto, no procede acceder a la petición deducida por el Sr. Letrado que defiende los intereses de A.B.Y., en su escrito de fecha 10 de septiembre de 2008, presentado en la Secretaría de la Sección Tercera de esta Sala, y en su virtud, El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda,

Desestimar íntegramente la petición formulada por la defensa de A.B.Y., en su escrito de 10 de septiembre de 2008, debiéndose estar a la liquidación de condena ya practicada en la ejecutoria 225/2006 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

## 95.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 25/05/09

### No abono

De lo actuado en el presente expediente no aparece ningún nuevo elemento que desvirtúe las causas o motivos que dieron lugar a la resolución judicial ahora recurrida, procediendo mantener los criterios de dicha resolución, con desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida, y el mantenimiento de todos los criterios en ella señalados. Se reiteran los argumentos expuestas en el auto recurrido y además debe indicarse que el supuesto que aquí se produce no es el mismo que resolvió la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/08 puesto que no se trata de la concurrencia en el tiempo de una prisión preventiva y una causa penada sino de dos prisiones preventivas acordadas en causas diferentes que coinciden en el tiempo. En consecuencia tampoco concurre el perjuicio a que alude la Sentencia del Tribunal Constitucional pues al encontrarse preventivo en las dos causas en ninguna de ellas podía pedir permiso, ni ser clasificado, ni solicitar centro de cumplimiento, lo que por otro lado es consecuencia del Reglamento penitenciario cuando en el artículo 104-1 opta por la desclasificación penitenciaria a la vista de la situación de prisión preventiva decretada. Además de aplicarse la doctrina de dicha Sentencia del Tribunal Constitucional el supuesto ahora analizado sería el mínimo (duplicidad de abonos) ya que se podría llegar al absurdo del descuento material de pena multiplicado por cada una de las diversas causas coincidentes en que se hubiese decretado la prisión provisional con el añadido de que haría ilusoria la doctrina dictada por Tribunal Supremo en materia de abono de prisión preventiva en causa distinta para evitar cuotas de impunidad, doctrina que trata de evitar los llamados “créditos delictivos” (Sentencia del Tribunal Supremo 15/05/00, 18/12/01 y 20/09/05).

En definitiva con esta nueva doctrina se llega a resultados insatisfactorios desde la óptica de la justicia material y el principio de proporcionalidad, pues hasta ahora era principio rector la no aplicación de un mismo día de prisión a dos responsabilidades distintas, y que el tiempo pasado en prisión preventiva no procedía aplicarlo si habla sido abonado

para el cumplimiento de otra causa penada, hubiera o no concurrido con la anterior, y esta era una cuestión pacífica de amplia tradición penal y penitenciaria, y las Oficinas de Régimen de los Centros penitenciarios partían de la no duplicidad. Por ello el artículo 58-1 del Código Penal guarda silencio sobre este extremo, porque se trataba de una cuestión no controvertida. Además, reiterando lo expuesto en el auto impugnado la doctrina del tribunal Constitucional solo se refiere al párrafo primero del artículo 58 del Código Penal y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria únicamente tienen atribuida la competencia para resolver sobre las peticiones de abono de prisión preventiva en causa distinta en base a lo dispuesto en el párrafo segundo de dicho precepto que expresamente exige, para dar lugar al abono, la previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa (lo que no ocurre en este caso pues ya se informa que el período reclamado está incluido en el de abono de la prisión preventiva de la causa que cumple actualmente), de manera que como dice el Fiscal en su informe este párrafo segundo contiene una norma expresa que prohíbe sin lugar a dudas el doble cómputo al que da lugar la doctrina constitucional.

Procede desestimar el Recurso de Reforma interpuesto por el interno J.L.G.B., contra el auto de fecha 08-04-09 que se confirma en su integridad.

## **96.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 07/07/09**

### **No abono**

Para poder resolver adecuadamente la queja lo primero que hay que deslindar son los períodos en los que simultaneó el interno la condición de penado por una causa y preventivo por otra, y que le resten de abonar en la causa en que sufrió la preventiva por haber sido posteriormente condenado en la misma, así como los períodos en los que correspondería aprobación de redención.

Pues bien, de los informes recabados al Centro Penitenciario resulta, respecto de los períodos de prisión preventiva reclamados que:

- En la Ejecutoria 88/2001 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid sufrió prisión preventiva desde el día 10-12-1995 hasta el 11-02-1999, período del que restarían por abonar a la misma:
  - a) Desde el 10-12-1995 hasta el 22-10-1997, período que se abonó a la Ejecutoria 109/1997 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, causa ya licenciada.
  - b) Desde el 06-02-1998 hasta el 23-06-1998, período que se abonó a la Ejecutoria 336/1997 del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, causa ya licenciada.
  - c) Desde el 16-12-1998 hasta el 11-02-1999, período que se abonó a la Ejecutoria 336/1997 del Juzgado de lo Penal de Madrid, causa ya licenciada.
- En la Ejecutoria 91/2002 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona sufrió prisión preventiva desde el día 02-08-2000 hasta el 28-10-2002, período del que restarían por abonar a la misma:
  - a) Desde el 08-10-2001 hasta el 28-10-2002, período que se abonó a la Ejecutoria 88/2001 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, que cumple en la actualidad.
- En la Ejecutoria 44/2002 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia sufrió prisión preventiva desde el día 02-08-2000 hasta el 18-12-2002, período del que restarían por abonar a la misma:
  - a) Desde el 08-10-2001 hasta el 28-10-2002, período que se abonó a la Ejecutoria 88/2001 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, que cumple en la actualidad.

En cuando al período en que correspondería redención según el Centro sería del 10-12-1995 hasta el 26-06-1996, período anterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal.

Una vez aclarados los períodos anteriores no procede pronunciamiento de este Juzgado sobre su abono por tratarse de abono de prisión preventiva sufrida en la propia causa, pues el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sólo tiene competencia conforme con el artículo 58.2 del Código Penal para abonar la prisión preventiva sufrida en otra causa, siendo por ello competencia del Tribunal que finalmente le condenó en las mismas, pero por el Centro se deberá remitir a cada uno de esos tribuna-

les testimonio de esta resolución y de sus antecedentes que se le remitirá para que se pronuncien sobre el abono de los mismos siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 57/2008.

Por lo que se refiere a la redención, si tendría competencia este Juzgado, pero para poder abonar la redención es preciso que previamente la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid decida el abono del período de preventiva en la que sería aplicable a la Ejecutoria 88/2001, por lo que el Centro una vez se pronuncie dicho Tribunal, si decide aplicar el período deberá remitir a este Juzgado la correspondiente propuesta de redención conforme al artículo 100 del Código Penal de 1973.

Por otro lado, en relación con la problemática planteada por el interno, debe recordarse al Centro Penitenciario que conforme con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, criterio interpretativo que también vincula a la Administración Penitenciaria, por lo que para no afectar al derecho a la libertad de los internos previsto en el artículo 17 de la Constitución, en concordancia con la interpretación recogida en la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional deberá ese Centro revisar de oficio el expediente de todos los internos para comprobar los períodos coincidentes de preventiva y penada que sólo se hayan abonado a una causa para solicitar del Tribunal competente pronunciamiento sobre el abono en la causa en que no se hubiera abonado conforme a la doctrina sentada en la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional antes aludida, sin necesidad de esperar a la petición del interno.

No ha lugar a hacer pronunciamiento sobre el abono de prisión preventiva que se solicita por el interno J.M.Q.B. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, en base a los razonamientos jurídicos de esta resolución.

Requírase al Director del Centro para que remita a los tribunales sentenciadores a que hace referencia el razonamiento jurídico primero de esta resolución testimonio de esta resolución y de sus antecedentes para que se

pronuncien sobre el abono de los mismos siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 57/2008.

Requírase asimismo al Director del Centro para que en el caso de que la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid decida abonar el período de posible redención a la Ejecutoria 88/2001, remita a este Juzgado la correspondiente propuesta de redención.

Requírase asimismo al Director del Centro en los términos acordados en el razonamiento jurídico tercero de esta resolución.

## **OTROS**

### **97.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZAMORA DE FECHA 02/12/09**

#### **No autorización de excarcelación para visitar a su hermano en la UCI.**

Por la representación procesal del acusado/procesado A.G.C. se presentó escrito a éste Tribunal en solicitud de libertad provisional.

Por providencia de fecha 9 de noviembre de 2009, se dio traslado de dicho escrito al Ministerio Fiscal el que ha informado en el sentido de que se recoge en su informe.

En fecha 1 de Diciembre se recibe del centro penitenciario de Topas, solicitud del condenado de permiso extraordinario para acudir a visitar a su hermano ingresado en la UVI del Hospital Clínico de Salamanca, de la cual se dio traslado al Ministerio Fiscal informando este conforme al escrito que obra en autos.

Sobre la situación personal del solicitante de la libertad provisional, ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en el Auto de 11 de marzo de 2008 en el que acordamos la prórroga de la situación de prisión provisional, por el plazo de dos años, en Auto de fecha 17 de marzo de 2009 en el

que se resolvió sobre la petición de libertad presentada por su representación procesal y en Auto de de 6 de abril de 2009 en el que resolvimos el recurso de reforma interpuesto frente al anterior. En todas las peticiones anteriores y en la actual se insiste respecto de la no concurrencia de los requisitos relativos al -Fumus boni iuris- y al -periculum in mora- requeridos para la adopción y permanencia de tal situación y alegándose la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de derechos Humanos.

Dado el reiterado pronunciamiento de esa Sala respecto de dicha cuestión, iniciaremos esta resolución ratificando todos y cada uno de los fundamentos que tuvimos en cuenta en las anteriores en cuanto a los requisitos que se exigen para el mantenimiento de la situación de prisión provisional y la concurrencia de todos ellos e incidiremos exclusivamente en aquellas circunstancias que se han modificado desde la última de ellas: el tiempo transcurrido y el haberse dictado Sentencia condenatoria como autor de un delito contra la salud pública, tráfico de drogas, imponiéndole una pena de prisión de diez años, que so encuentra pendiente de resolución del recurso de casación interpuesto.

No puede discutirse la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo castigado en el Código Penal con una pena superior a la que se tiene en cuenta como referencia para acordar dicha medida cautelar, cuando se ha dictado por esta Sala Sentencia en la que se considera probada la participación en concepto de autor del solicitante en un delito contra la Salud Pública en su modalidad de tráfico de drogas y se le condena a la pena de prisión de diez años y, por tanto la concurrencia del requisito de la apariencia del buen derecho, dado que los indicios que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar la medida, han pasado a ser para esta Sala hechos probados.

Igualmente entendemos que no es posible fundamentar la petición de libertar en el argumento de la inexistencia de riesgo de sustraerse a la acción de la Justicia cuando además de la gravedad de la pena que se ha impuesto por esta Sala, concurren circunstancias que ponen de manifiesto que ese riesgo es real. En concreto, resulta que el solicitando cuando fue detenido por esta causa se encontraba requisitoriado y en busca y captura, como consecuencia de no haberse reintegrado al Centro Penitenciario después de disfrutar de un permiso concedido cuando se



hallaba cumpliendo la pena impuesta por Sentencia firme por delito de homicidio.

Es evidente que el transcurso del tiempo en el mantenimiento de la situación de prisión provisional, es una circunstancia importante que debe tenerse en cuenta, en aras del principio general de que dicha situación sólo puede mantenerse el tiempo imprescindible y que no debe prolongarse más allá de ese tiempo estrictamente necesario. Sin embargo, entendemos que las circunstancias que concurren en este caso (condena en primera y única instancia, imposición de una pena de prisión grave y antecedentes anteriores de sustracción a la acción de la Justicia en su vertiente de ejecución de la pena impuesta) son tan poderosas que permiten fundamentar el mantenimiento de la situación de prisión provisional, por lo que no ha lugar a la petición formulada.

En cuanto a la petición de ser excarcelado para visitar a su hermano que está con graves problemas de salud en la UCI del Centro Hospitalario de Salamanca, se trata de una petición por motivos humanitarios, a la que tampoco vamos a acceder porque entendemos que no se puede garantizar con la seguridad necesaria, la excarcelación, el traslado y la visita en un recinto como el de la UCI, con acceso limitado a dos personas por visita. Los antecedentes penales del solicitante por delito de homicidio, el quebrantamiento de la condena de prisión impuesta por dicho delito y la grave pena de prisión impuesta en este caso exigirían, para evitar cualquier intento de un nuevo quebrantamiento de la pena que está cumpliendo y de la prisión provisional, que no pueden garantizarse.

La Sala acuerda no haber lugar a modificar la situación personal de A.G.C., manteniéndole la prisión provisional acordada en su día, ni a acordar la excarcelación solicitada.



# **CAPÍTULO 15**

## ***QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA***



**98.- SENTENCIA 35/2009 DE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ DE FECHA 12/02/09**

**Absolución por el delito de quebrantamiento. Reanudación voluntaria por parte de la víctima de la convivencia con el acusado, pese a estar vigente una pena de prohibición de aproximarse a aquélla impuesta en sentencia firme.**

En mencionados autos por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de lo Penal 2 de Badajoz; se dicta sentencia de fecha 9/12/2008, la que contiene el siguiente:

«Fallo: Que debo condenar y condeno a R, en quien concurre la atenuante, como muy cualificada, de “obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad” del artículo 21.3 en relación con el artículo 21.6 ambos del Código Penal, a la pena de 3 meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de costas al acusado.»

Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Recurso de Apelación por R.; representado por la Procuradora de los Tribunales y defendido por el Letrado; dándose traslado del recurso interpuesto a las demás partes por un plazo de diez días; para que pudiesen presentar a su vez recurso impugnando los contrarios o adherirse a los mismos; compareciendo en la alzada, a efectos de impugnación, como apelado; el Ministerio Fiscal; todo lo que fue verificado y, llegados los autos a expresado Tribunal, se forma el rollo de Sala, al que le ha sido asignado el núm. 61/09 de Registro, dándole a la apelación el trámite oportuno, no habiéndose celebrado vista pública, y conforme al

artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pasaron los autos al Magistrado Ponente para su resolución.

Hechos Probados: Se aceptan y se dan por reproducidos íntegramente los que como tales figuran en la sentencia apelada, añadiéndose:

«En fecha 23 de enero pasado esta Sala dictó sentencia revocatoria de la anteriormente dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Badajoz en fecha 4 de Noviembre de 2008, y, en su consecuencia, absolvió al ahora imputado en esta causa R, del delito de quebrantamiento de condena del que venía siendo acusado.»

Observadas las prescripciones legales de trámite.

Vistos, siendo ponente el Magistrado que expresa el parecer unánime de la Sala.

Respecto de imputación de otro delito de quebrantamiento de condena de fecha muy reciente atribuido al acusado en esta causa, la sentencia de esta Sala de fecha 23 de enero pasado, ha tenido la oportunidad de decir:

«Lo que realmente subyace en el mismo no deriva de esta cuestión sino de otra muy distinta y de mayor calado; se trataría de conocer las consecuencias que conllevaría en el ámbito penal el incumplimiento objetivo de las medidas cautelares [dispuestas ya en concepto de pena en la sentencia], al producirse el acercamiento, la comunicación o el mantenimiento de relaciones íntimas por libre deseo y voluntad de la víctima y aún cuando el condenado lo permita, lo tolere o lo quiera. La solución a este problema no se presenta fácil; de una parte el artículo 153. 1. y 3., en relación con los artículos 57 y 48.2 del Código penal, vienen en establecer que la pena de «prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.». Asimismo el párrafo 3º de este precepto define la pena de «prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, en el sentido de que impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

Es indudable que existen razones extraordinarias para que el legislador disponga estas medidas; el riesgo suplementario que conlleva el maltrato en el ámbito familiar hace que cualquier medida suplementaria que tienda a garantizar la integridad física y moral de la víctima siempre será de acogimiento; sin embargo se producen de forma no excepcional, situaciones singulares a las que la norma no da respuesta o satisfacción y que producen efectos posiblemente no buscados de propósito por el legislador; así la aplicación literal y rutinaria del precepto impide, de todo punto, se produzca la reconciliación o, lo que es lo mismo, grava o cercena el derecho de la víctima quien manifestando expresamente y con todas las garantías imaginables su deseo de reanudar la convivencia le es impedido por mor de lo que dispone una sentencia en la que posiblemente ni tan siquiera es parte procesal; también se le coarta o cercena su libertad de movimientos y comunicación y por cuanto queriendo convivir y comunicar con el condenado [al haberse producido satisfactoriamente la reconciliación] se le impide o limita, aún temporalmente, este derecho pese a que ninguna resolución judicial le impone restricción o limitación a su libertad de movimientos, comunicación o a su libertad sexual. Es por ello que esta situación legal -que sin duda pretende amparar el derecho de la víctima- le impone paradójicamente -y en algunos supuestos, cual el que se estudia-, obligaciones no preexistentes a la sentencia condenatoria que lo es respecto de un tercero (su esposo); y es por ello que, a juicio de la Sala, deba tal situación tener una lectura razonable so pena de caer en el absurdo y, lo que es más grave, en la imposición de medidas restrictivas de derechos de la propia víctima y así se ha entendido por este Tribunal que en los supuestos en que sea el cónyuge o el beneficiario de las medidas de alejamiento o no comunicación impuestas por una sentencia penal quien, renunciando expresamente a las mismas, disponga o quiera reanudar la convivencia y, por ende, produzca “motu proprio” un acercamiento al condenado no pueda de este hecho deducirse que aquel incurre en un delito de quebrantamiento; dicho en otra forma la víctima conserva sus derechos esenciales a la libertad sexual, de comunicación y deambulación, en la misma forma en que ya los tenía con anterioridad al dictado de la sentencia, pudiendo ejercitarlos incluso con el condenado, pues para que pudieran limitarse o cercenarse tales derechos debería haber sido así dispuesto en una resolución judicial en la que aquella pudiera haber hecho uso su derecho de defensa. La Sentencia penal que condena al tercero (esposo) no gana virtualidad suficiente para imponer tan severas restricciones a la

víctima beneficiaria de las mismas pues si examinamos la normativa [artículo 48 Código Penal ] y la dicción de la propia sentencia la obligación de no comunicar y no acercarse no se imponen a ésta sino al esposo. Es en esta forma que se venía en indicar que cuando fuera la esposa y no el condenado quien lleva a cabo los actos de comunicación (íntimas o no) o convivencia (reconciliación), no concurrirían los presupuestos necesarios para considera la conducta del condenado incurso en delito de quebrantamiento, como por demás y con mejor criterio exponía la Sentencia del Tribunal Supremo aludida por el recurrente en su recurso pues tales medidas limitativas de derechos impuestas por una resolución judicial, como anteriormente se decía, alcanzan únicamente a los designados en la sentencia, sin que sea viable su ampliación a tercero, máxime cuando producirían una quebranto inasumible de libertades fundamentales de la propia víctima. También es preciso declarar que no es sensato ni razonable exigir al condenado [y tal obligación no consta en la sentencia condenatoria] que deba abandonar inmediatamente cualesquiera de los lugares en que se produce la comunicación cuando ésta es propiciada y deseada por la propia víctima; no es sensato ni razonable pensar que, en este concreto supuesto, el no hacerlo presuponga una quiebra de las obligaciones impuestas por la sentencia penal, generando, a su vez, la comisión de un nuevo hecho delictivo. En cualquier caso la limitación de los derechos de la denunciante a que se hacía referencia precedentemente [libertad sexual, deambulatoria y de comunicación] no pueden considerarse como razonablemente aminorados en cuanto insertos y derivados del deber genérico de acatamiento de resoluciones judiciales y en cuanto consecuencia de los efectos reflejos de toda resolución judicial; son derechos sustantivos cuya limitación exige una decisión singular más allá de la genérica de referencia. No cabe olvidar, por último, que los principios de reinserción y rehabilitación, nucleares en el ámbito de ejecución, ganan singular preponderancia, debiendo siempre hacer Jueces y Tribunales una interpretación favorable para la salvaguardia de los mismos, incluso referidos al delito por el que resultaba, en su momento, condenado el recurrente..

Como añade la sentencia en cuestión:

«Esta doctrina es incompatible con lo dispuesto por la juzgadora de instancia en su sentencia; y basta para llegar a esta conclusión con estar al contenido de la declaración prestada en la causa por la esposa, que por demás se incluye en el texto de la sentencia:



Declaración de la esposa del acusado y a la que se le realiza la información sobre el derecho que le ampara, conforme al artículo 416.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma que en efecto se encontraban conviviendo juntos porque su esposo necesita asistencia personal y diaria. Que la madre de aquel, persona anciana, no puede proporcionarle. Que ella cumplió la orden. Les dijo un abogado que todo estaba solucionado.

En esta tesitura no es viable el ir más allá; ha habido una actividad concertada y pacífica entre marido y esposa quien, más allá de sus obligaciones, y por razones de grave enfermedad, acoge a su marido en casa para conseguir su cuidado y protección. En esta tesitura no es razonable entender, como lo hace la juzgadora de primer grado, que concurre ánimo específico y concreto de anular una decisión judicial previa que ninguna de las partes compartía, por haber ocurrido ulteriormente a su dictado, hechos de naturaleza distinta que, en alguna manera, exigían una actividad que podría contrariar aquel mandato judicial. En cualquier caso queda extremadamente claro que es la víctima quien acoge a su esposo enfermo (quien no tenía otra opción de protección y cuidado); quien le permite que permanezca en el hogar familiar sin que haya denuncia o protesta a este respecto. La situación descrita no es posible contemplarla desde la óptica del derecho penal.»

En el supuesto sometido de nuevo a la consideración de la Sala, producido escasos días después de aquel que ha sido analizado, nada cambia respecto de la situación anterior.

Si bien el quebrantamiento de condena no es un delito permanente, pudiendo cometerse tantas veces como el sujeto activo incurra en vulneración o contravención de la pena impuesta; lo cierto es que según describe la propia “juez a quo” en el “factum” el acusado lleva viviendo varios meses con el consentimiento de su esposa en el domicilio de ésta última.

El acusado padece de disnea que la ha llevado a ingreso hospitalario, teniendo un concentrador de oxígeno en su domicilio, lo que motivó que necesite la protección y el cuidado de su esposa que voluntariamente se lo presta.

En definitiva la situación expuesta, por aplicación del principio de intervención mínima no es posible contemplarla desde la óptica del derecho penal, y la Sala no puede sino revocar la sentencia apelada.

Las costas a tenor de lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han de declararse de oficio.

Que estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de R, contra la sentencia dictada por el Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz, de fecha 9-12-2008, recaída en el Juicio rápido 322/08, debemos revocar y revocamos la meritada resolución, absolviendo al acusado del delito por el que venía siendo imputado, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Contra la presente Sentencia no cabe ulterior recurso, salvo el de Aclaración para corregir algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga o corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, recurso a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución. [Artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial]; todo ello referido a la parte dispositiva o fallo de la resolución. Asimismo podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 240.2 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, según modificación operada por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la sentencia o resolución.

## **99.- SENTENCIA 84/2009 DE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA DE FECHA 20/03/09**

**Delito de quebrantamiento. El consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad.**

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, Rollo número 367/08, el Juicio Rápido número 185/08, procedente del Juzgado de lo Penal nº 3 de Almería, por delito de quebrantamiento de medida, siendo apelante el Ministerio Fiscal, y apelado L.M., representado por Procurador y defendido por Letrado

Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento

Por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 3 de Almería, en la referida causa se dictó sentencia de 16 de abril de 2008, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente: “Se declara probado que L.M., mayor de edad y condenado en fecha 27 de marzo de 2007 por el Juzgado de Instrucción número 6 de Almería por un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal (Diligencias Urgentes 174/07), resolución que le impuso una prohibición de aproximarse a su pareja, así como la prohibición de comunicar con ella por ningún medio por un periodo de 1 año y cuatro meses, en la mañana del día 23 de marzo de 2008 se encontraba en la puerta del domicilio de. F., con la cual convivía desde hace meses en ese domicilio, con el consentimiento de la misma.”

En el Fallo de dicha sentencia se establece: “Que debo absolver y absuelvo libremente del delito del que ha sido acusado en el presente procedimiento a L.M., con declaración de las costas de oficio.”

Por el Ministerio Fiscal se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, mediante escrito en el que se solicitó se dicte nueva sentencia en sentido condenatorio en los términos solicitados en primera instancia, por las razones expuestas en dicho escrito.

El recurso deducido fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a las otras partes personadas, interesando la parte apelada la confirmación de la resolución recurrida.

A continuación, se elevaron las actuaciones a este Tribunal, donde se han observado las prescripciones del trámite, y no habiéndose solicitado prueba en esta alzada, se señaló para deliberación, votación y fallo, el pasado 17 de marzo de 2009.

Se aceptan los así declarados en la resolución recurrida.

Ante el pronunciamiento absolutorio contenido en la sentencia de primera instancia, por el delito de quebrantamiento de condena, del artículo 468.2 del Código Penal, objeto de acusación en la presente causa, presenta recurso de apelación el Ministerio Fiscal, argumentado, en esencia, que el criterio expuesto en la sentencia recurrida para fundamentar ese pronunciamiento absolutorio, basado, esencialmente en la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia 26/9/05), ha sido modificado por una sen-

tencia posterior del Alto Tribunal, de fecha 28 de septiembre de 2007, en la que se establece que el consentimiento de la víctima en la reanudación de la convivencia con su agresor, sobre el que pesaba una pena de alejamiento impuesta en sentencia firme, no determina la atipicidad del quebrantamiento, ya que el cumplimiento de una condena penal es absolutamente indisponible, como dicha sentencia declara.

El acusado, además de oponerse a la tesis del Ministerio Público apelante, por estimar que una sola sentencia, la invocada por aquél, no constituye jurisprudencia, señala, como primer motivo de su oposición, que el citado recurso no debió ser admitido a trámite, al haberse presentado fuera de plazo.

Siendo ésta una cuestión de carácter procesal, y que, de estimarse, impediría entrar en el análisis de fondo de la presente apelación, debe ser examinada en primer término.

Pues bien, teniendo en cuenta que el plazo para interponer el recurso de apelación es de diez días hábiles desde la notificación de la sentencia (artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no puede darse la razón a la parte recurrente, ya que, notificada dicha sentencia al Ministerio Público el 3 de mayo de 2008, según consta al folio 70 de las actuaciones, y aún estimando que el sello de entrada al Juzgado, de fecha 14 de mayo de 2008, obrante en el reverso de aquél, significase, en efecto, la entrada en dicho Juzgado del recurso planteado -y es sólo a efectos hipotéticos, pues tal sello, sin firma y sin más anotaciones, desconocemos qué significa, pudiendo referirse al citado recurso o a la simple notificación de la sentencia-, aún teniendo en cuenta esa fecha de 14 de mayo de 2008, como decimos, entre una y otra data -3 y 14 de mayo de 2008- no había transcurrido el término de diez días hábiles establecido en el precepto mencionado.

Presentado, por tanto, en tiempo y forma, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, hemos de analizar la cuestión de fondo que en el mismo se suscita, que no es otra que el efecto del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximación a ella por el condenado a tal pena.

A la vista de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, y no única, en la sentencia invocada por el Ministerio Fiscal de septiembre de 2007, el consentimiento de la víctima en la reanudación de la

convivencia con su agresor, sobre el que pesaba una pena de alejamiento impuesta en sentencia firme -como es el caso- no determina la atipicidad del quebrantamiento, ya que el cumplimiento de una condena penal es absolutamente indisponible.

El delito de quebrantamiento de condena exige tres elementos del tipo:

- a) Normativo, consistente en la previa existencia de la norma judicial a quebrantar;
- b) Objetivo o material, consistente en la acción natural descrita por el verbo quebrantar; y
- c) Subjetivo, consistente en el ánimo de hacer ineficaz la medida, con el pleno conocimiento de ésta y de que por tanto se estaba burlando la decisión judicial.

Requisitos todos ellos concurrentes en el presente caso, pues el acusado conocía la prohibición de aproximarse y comunicarse con su mujer impuesta en sentencia de fecha 27 de marzo de 2006, no obstante lo cual, con el consentimiento de la víctima, reanudó la convivencia con ella durante varios meses.

El bien jurídico protegido por este delito no es otro que la efectividad de los pronunciamientos judiciales en orden al cumplimiento de las penas (Sentencia del Tribunal Supremo 24.09.01), entre otras; lo que se pena es la desobediencia a mandatos del sistema judicial que por su propia naturaleza son públicos y obligatorios y, por lo tanto, situados fuera de la facultad de disposición de los ciudadanos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005, en la cual la resolución recurrida sustenta su pronunciamiento absolutorio, no concede al consentimiento de la víctima la eficacia que se otorga en la resolución que se impugna, sino que distingue claramente entre incumplimiento de la pena de alejamiento, que dará lugar siempre al delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, y la infracción de la medida cautelar de alejamiento, que puede dar lugar o no al delito de quebrantamiento de medida cautelar, considerando que no dará lugar a tal delito cuando se infringe la medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima o persona a proteger.

Por otro lado, y como antes apuntábamos, la sentencia del Alto Tribunal invocada por el Ministerio Fiscal, no es única, ya que dicho

Tribunal, en sentencias de 20 de enero de 2006 y 19 de enero de 2007, se alejan de la dictada en fecha 26/9/05, y en ellas se argumenta que la vigencia del bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento de condena no queda enervada o empeñada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. En la misma línea y de un modo claro, la sentencia del mismo Tribunal, de 28 de septiembre de 2007, citada, concluye que no cabe excluir la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal por mediar el consentimiento de la víctima en contactos posteriores, exponiendo en su fundamento de derecho primero que “...(se) cuestiona la aplicación del artículo 468.2 del Código y, por ende, la atribución del delito de quebrantamiento de condena, ya que la víctima había perdonado al recurrente y ambos habían reanudado, de común acuerdo, la convivencia, de modo que el alejamiento previamente acordado carecería ya de fundamento.

Se refiere, a este respecto, la propia Resolución de instancia...a la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2005, que absolvía a un acusado del delito de quebrantamiento de la medida de seguridad de alejamiento por el hecho de que fue la propia víctima la que consintió la aproximación. Aunque resulte cierto igualmente el que “obiter dicta” se hiciera referencia en la misma Resolución también a la pena de similar contenido.

Pero como muy bien dicen los Jueces “a quibus”, en perfecta comprensión del significado esencial de nuestra doctrina, una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, y más aún incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aún contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados.

Recordemos que la referida Sentencia de esta Sala partía del hecho de que “...la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento...”

Constituiría, en el presente caso, un verdadero contrasentido el que precisamente la constatada frustración del fin pretendido por la pena precedente, que no era otro que el de la evitación de la ulterior reiteración delictiva, tras resultar desgraciadamente justificada de modo pleno “a posteriori” esa previa imposición, por la comisión de nuevas infracciones, se venga a permitir la impunidad del autor de semejante quebrantamiento.”

De acuerdo con la anterior doctrina, hemos de concluir en el caso que nos ocupa, que el consentimiento de la víctima no excluye el delito de quebrantamiento de condena, por lo que tal quebrantamiento por parte del acusado debe ser sancionado, ya que en el Código Penal no se recoge como causa de extinción de la pena el perdón del ofendido ni el consentimiento de ésta a la reanudación de la relación con la persona respecto a la que se dispuso la pena de alejamiento.

En consecuencia, el recurso planteado por el Ministerio Fiscal debe ser estimado y, con revocación de la resolución combatida, los hechos declarados probados han de considerarse constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena tipificado en el artículo 468.2 del Código Penal, que, dada la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se castigará con la pena señalada en el tipo en su mitad inferior, imponiéndose, en concreto, la de siete meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.2 del Código Penal), y pago de las costas de la primera instancia, no procediendo hacer expresa imposición de las costas ocasionadas por el presente recurso, que serán declaradas de oficio (artículo 240.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistas las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

Que con estimación del recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha 16 de abril de 2008 por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 3 de Almería, en las actuaciones de las que deriva la presente alzada, debemos revocar y revocamos la expresada resolución en cuanto absuelve al acusado del

delito de quebrantamiento de condena que le fuese imputado, y en su lugar, debemos condenar y condenamos al acusado L.M. como autor penalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y pago de las costas de primera instancia, con declaración de oficio de las causadas en esta alzada.

**100.- SENTENCIA 36/2009 DE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA DE FECHA 18/06/09**

**Absolución por el delito de quebrantamiento. Consentimiento de la víctima.**

El Juzgado de Instrucción Nº 4 de Soria, tramitó las Diligencias Previas núm. 45/08, que una vez concluidas y formalizado el trámite intermedio de presentación de escritos de acusación y escritos de defensa, se elevaron al Juzgado de lo Penal, incoándose el procedimiento abreviado núm. 331/08, recayendo sentencia con fecha 20 de abril de 2009 que contiene los hechos probados del tenor literal siguiente: “Se declara probado que el interno fue condenado por sentencia firme de fecha 20 de septiembre de 2007 del Juzgado de lo Penal de Soria, por un delito de violencia en el ámbito familiar, a la pena, entre otras, de alejamiento y prohibición de comunicación por tiempo de 10 meses, respecto de su compañera, pena cuyo cumplimiento comprendía entre el día 20 de septiembre de 2007 y el 15 de julio de 2008, pese a lo cual, y no obstante ser consciente de la prohibición referida, se personó el día 16 de enero de 2008 en el domicilio donde vivía su compañera, en Soria, cuando esta se encontraba en su interior, para posteriormente, sobre las 7:45 horas, abandonar dicho domicilio, saliendo posteriormente del mismo su compañera. La víctima ha manifestado que C. estuvo en su domicilio con su consentimiento.

C. es mayor de edad penal y tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia”.



La referida sentencia contiene el siguiente Fallo: “Que debo condenar y condeno a C., como autor de un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal, a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y al pago de las costas causadas en el presente procedimiento”.

Notificada dicha resolución a las partes se interpuso recurso de apelación.

Se acepta y se da por reproducida la narración fáctica de la sentencia de instancia.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Soria que condena a C., como autor de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de seis meses de prisión, y accesorias, interpone recurso de apelación el acusado, alegando en síntesis, que debe darse relevancia a la conducta de la víctima, compañera sentimental del acusado, la cual consintió la convivencia con el C., solicitando en definitiva el dictado de una sentencia absolutoria.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia refleja que el acusado fue condenado en sentencia firme por un delito de maltrato en el ámbito familiar, a una medida de alejamiento de la compañera, que abarcaba desde el día 20 de septiembre 2007, hasta el día 15 de julio de 2008, y que C., salía del domicilio de Gladys el día 16 de enero de 2008, donde se encontraba con el consentimiento de ésta.

La sentencia de instancia considera que estos hechos son constitutivos de un delito de quebrantamiento del artículo 468.2 del Código Penal, considerando que el consentimiento de la víctima no excluye la tipicidad del hecho.

Llegados a este punto debemos manifestar que la fundamentadísima sentencia de instancia, aporta unos argumentos totalmente razonables sobre la aplicación del precepto penal de quebrantamiento de condena al caso de autos, y lo mismo cabe decir del escrito de oposición al recurso del Ministerio Fiscal, sin embargo, esta Sala, en Sentencias de 12 de abril de 2005, de 11 de diciembre de 2006, 19 de febrero y 15 de mayo de 2007, y 13 de mayo de 2008, entre otras, en supuestos similares al examinado, tiene establecido que “el Título XX del Libro II del Código Penal vigen-

te, bajo la rúbrica genérica de «Delitos contra la Administración de Justicia», incluye en el Capítulo VIII (artículos 468 a 471) las diversas modalidades de quebrantamiento de condena. La rúbrica que enmarca los citados preceptos del Código refleja de forma clara que bien jurídico protegido lo constituye básicamente la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones que emanan de los Tribunales de Justicia (artículos 118 de la Constitución Española y 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), concretadas en la imposición de determinadas penas y medidas cautelares de carácter personal dentro del proceso penal. Se trata, por tanto, de proteger las funciones atribuidas constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, dando una respuesta penal adecuada a las infracciones que lesionan o quebrantan el contenido de las resoluciones que pueden ser dictadas en las diversas etapas o estadios del ejercicio de dicha función y, especialmente, en la etapa final del proceso penal, aun cuando es evidente que al propio tiempo se están tutelando de forma indirecta los intereses de la parte o partes en el proceso que se ven beneficiados o protegidos por la resolución judicial o medida cautelar quebrantada, particularmente en aquellos casos en los que dicha medida está enderezada principalmente a salvaguardar la vida, integridad personal o incolumidad de alguna de las víctimas de los delitos o faltas a los que se refiere el artículo 57 del Código Penal en su redacción vigente. No obstante, si bien es cierto que el bien jurídico protegido por el artículo 468 del vigente Código Penal es la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales, con relación a la pena de prohibición de acercamiento o comunicación, no lo es menos que la conducta de la víctima puede tener influencia en la atipicidad de la conducta del obligado por la prohibición de acercamiento.

Efectivamente, son tres los elementos del tipo del delito de quebrantamiento de medida cautelar, previsto y penado en el artículo 468 del vigente Código Penal: el primero, normativo consistente en la previa existencia de una medida cautelar acordada judicialmente. El segundo, objetivo o material consistente en la acción natural descrita por el verbo quebrantar, en el sentido de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada medida cautelar. Y el tercero, subjetivo, consistente en el dolo típico, entendido éste como conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y conciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecu-

ción de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna.

Por ello, aunque las decisiones judiciales se dictan para ser cumplidas, no podemos obviar el hecho de que puede resultar contrario al espíritu y finalidad de la norma protectora que una medida cautelar se imponga o se mantenga contra la voluntad contraria de la persona a la que se intenta proteger. En su consecuencia, analizando tal argumento desde el punto de vista estrictamente penal, debemos concluir que en los casos en los que la persona protegida por la prohibición de acercamiento manifiesta al obligado por la medida cautelar su renuncia a la misma, bien sea expresamente, bien mediante actos concluyentes, debemos entender que la infracción de la medida cautelar resulta atípica penalmente, de una parte, porque la conducta del acusado no atenta contra el bien jurídico que constituye el fin último de protección de la norma punitiva (la seguridad y tranquilidad de la víctima), y de otra, puesto que el obligado por la medida cautelar, ante el consentimiento de la beneficiaria de la medida, puede no ser consciente de la vigencia de la misma, ni de la vulneración de la prohibición que pesa sobre él”.

El Tribunal Supremo, también ha considerado que el hecho de que la persona respecto de la que se acuerda el alejamiento, consiente o incluso provoca un encuentro o convivencia con el condenado por la medida, ello debe ser tenido en cuenta para en el posible quebrantamiento de condena que haya podido incurrir el obligado por la prohibición.

Así, el citado Tribunal, en Sentencia de 26 de septiembre de 2005 (a la que se refiere sin contradecirla la sentencia del mismo Tribunal de 3 de noviembre de 2006) consideró que “la efectividad de la medida depende -y esto es lo característico- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima -en cuya protección se acuerda- de mantener su vigencia siempre y en todo momento. ¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla? Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia posterior a la medida, cabría considerarla coautora por cooperación necesaria o al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una

intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos», como recuerda las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras. Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida. En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento. Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante”.

Esta doctrina ha sido seguida, en supuestos similares al que ahora nos ocupa, por diversas Audiencias Provinciales: así, la de León en sentencia de 15 de junio de 2006; Murcia, en sentencia de 12 de junio de 2006; Madrid, en sentencia de 23 de febrero de 2006, 20 de julio, 3 y 5 de septiembre de 2007; Sevilla en sentencia de 17 de febrero de 2006 y Barcelona, 5 de junio de 2007.

Y si bien es cierto que los Juzgados y Tribunales deben aplicar la Ley, no lo es menos que la interpretación última de la misma corresponde al Tribunal Supremo, estando los demás órganos judiciales vinculados por tal interpretación superior. Por ello, proyectando esta doctrina al supuesto sometido a la consideración de la Sala, comprobamos que la víctima, consintió la convivencia con el acusado. Ello supone, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo referida, el decaimiento de la pena de forma definitiva, por lo que no le puede ser imputado al acusado el delito de quebrantamiento.

El recurso merece, por consiguiente, ser estimado, debiendo ser absuelto C. del delito de quebrantamiento por el que fue inicialmente condenado.

A mayor abundamiento añadiremos que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de abril de 2008, considera que debe tenerse en cuenta el consentimiento de la persona respecto de la que se acuerda el alejamiento, al establecer: “En el artículo 468.2 del Código Penal, relativo al quebrantamiento de penas en causa por violencia de género no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de la rotura de una de las penas previstas en el artículo 48. Ciertamente que, en el caso de rotura del alejamiento consentida por la mujer, podría plantearse la existencia de un error de prohibición; mas no se describe en el “factum” (además de no constar probado) que la mujer consintiera en el quebranto del alejamiento, induciendo o cooperando a ello o de cualquier otra manera”.

Línea similar siguen algunas Audiencias Provinciales, pero considerando el error de tipo, como la de Jaén de 27 de junio de 2008, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006, que establece: “Existe en el caso dicho error sobre un elemento esencial del tipo, o delito cuya comisión efectivamente se ha probado, pues cualquier persona con una inteligencia media puede suponer y representarse que no hay quebrantamiento de pena, que se impone para evitar el riesgo derivado de la proximidad, y consecuentemente de la convivencia con una determinada persona, en cuyo beneficio y protección frente al condenado se justifica en definitiva, cuando dicha persona quiere y desea dicha convivencia.

Este error, que aún estimándose vencible, pues es claro que podría vencerse, supondría la aplicación de la pena correspondiente al delito impru-

dente, lo que determina en definitiva la absolución del acusado, al no estar tipificada la comisión de tal delito cometido por imprudencia”.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas, tanto de la primera, como de esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de C., contra la sentencia dictada el día 20 de abril de 2009, por el Juzgado de lo Penal de Soria en el Procedimiento Abreviado nº 331/08, revocamos la expresada resolución, y en su lugar, acordamos que debemos absolver y absolvemos libremente a C. del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal, por el que venía acusado, con declaración de oficio de las costas de ambas instancias.

# **CAPÍTULO 16**

## ***RÉGIMEN DISCIPLINARIO***





## **VULNERACIÓN DE DERECHOS**

### **101.- SENTENCIA 10/2009 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 12/01/09**

**Desestima la demanda de amparo. Supuesta vulneración de los derechos de reunión, a la tutela judicial efectiva y a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador.**

En el recurso de amparo núm. 11079-2006, promovido por don R. A. M., representado por la Procuradora de los Tribunales y asistido por el Letrado, contra el Acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Almería, de 17 de mayo de 2006, recaído en el expediente disciplinario núm. 196-2006, y contra los Autos del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de vigilancia penitenciaria), de 25 de julio y de 30 de octubre de 2006, recaídos, respectivamente, en el recurso de alzada núm. 549-2006 y en el recurso de reforma núm. 634-2006. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

Mediante escrito registrado en este Tribunal en fecha 11 de diciembre de 2006, don R. A. M., interno en el Centro Penitenciario de Nanclares de Oca (Álava), solicitó la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio para interponer recurso de amparo contra las resoluciones administrativa y judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 6 de febrero de 2007, se acordó dirigir atenta comunicación al Colegio de Abogados de Madrid, a fin de que, de conformidad con 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 en los procesos de amparo constitucional, designase, si procediese, Abogado y Procurador del turno de oficio que defendiese y representase, respectivamente, al recurrente en amparo, acompañando a dicha comunicación los documentos remitidos por el interesado.

Asimismo, se acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de vigilancia penitenciaria), a fin de que a la mayor brevedad posible remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de alzada núm. 549-2006 y al expediente núm. 196-2006-0401, respectivamente.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 6 de marzo de 2007, se tuvo designados por el turno de oficio Procuradora y Abogado; se les hizo saber dicha designación a los mismos y al recurrente en amparo, entregándole a la expresada Procuradora copia de los escritos presentados y de las actuaciones recibidas en la Sala para que los pasase a estudio del citado Abogado, a fin de que formalizase la demanda de amparo en el plazo de veinte días con sujeción a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o, de estimar insostenible el recurso, lo pusiese en conocimiento de este Tribunal, ateniéndose a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 26 de marzo de 2007, se formalizó la demanda de amparo con base en los antecedentes fácticos que a continuación se resumen:

- a) El origen de las vulneraciones de los derechos fundamentales que se denuncian se encuentra en las reuniones pacíficas y simbólicas que el demandante junto con otros presos venían manteniendo el primero y último viernes de cada mes en los últimos ocho meses durante diez minutos en una esquina del patio de la prisión. La celebración de dichas reuniones dio lugar de forma sorpresiva a la apertura de

un procedimiento sancionador, durante cuya tramitación el recurrente solicitó el asesoramiento de un compañero de prisión que se encontraba en otro módulo y la práctica de una serie de diligencias de prueba, que concluyó con la imposición de una sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por veinte días [artículo 111 e) del Reglamento Penitenciario].

- b) El demandante de amparo interpuso recurso de alzada contra dicho Acuerdo sancionador, que fue parcialmente estimado por Auto del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de Vigilancia Penitenciaria), de 25 de julio de 2006, que rebajó la sanción impuesta a seis días de privación de paseos y actos recreativos comunes.
- c) El demandante de amparo interpuso contra el anterior Auto sendos recursos de aclaración y de reforma, sin que fuera tramitado el primero, siendo desestimado el de reforma por Auto del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de vigilancia penitenciaria), de 30 de octubre de 2006.

En la demanda se aducen las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Vulneración del derecho a no sufrir discriminación y de las libertades de expresión y reunión (artículos 14, 20 y 21, en relación con el artículo 25.2 de la Constitución Española).

La Ley penitenciaria permite el ejercicio de los derechos civiles a los presos, entre los que se encuentran las libertades de expresión y reunión, sin que la Sentencia condenatoria ni el sentido de la pena impuesta al recurrente limiten dichas libertades. De modo que el actuar de la Administración penitenciaria incurre en este caso en una clara discriminación respecto al demandante de amparo y, por ende, en un abuso de derecho que por su irracionalidad y arbitrariedad, pese al barniz de legalidad, debe ser declarado nulo de pleno derecho. Máxime si se tiene en cuenta que el acto que motiva la sanción se había llevado a cabo en multitud de ocasiones, sin que nunca hubiera sido sancionado. Las reuniones se celebraban en un lugar ajeno al tránsito público, como es la esquina del patio de la cárcel, en horario normal y habitual de paseo, sin portar pancarta alguna, de forma silenciosa y pacífica, con aviso previo e individual de la

realización del acto, con una duración corta y determinada, disolviéndose motu proprio, tal y como se desprende del parte del funcionario.

b) Vulneración de los derechos a la prueba, a la defensa y a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (artículo 24 de la Constitución Española).

El demandante en el pliego de descargos solicitó la práctica de diversas pruebas encaminadas a acreditar tanto la habitualidad de dichas reuniones pacíficas y silenciosas no sancionadas con anterioridad, como la falta de una orden por parte del funcionario para que se disolviera la reunión. La Administración penitenciaria por Resolución de 2 de mayo de 2006 desestimó la prueba interesada por considerarla resuelta durante la instrucción (documental) y por ser imposible su realización (pericial). El órgano judicial, por su parte, se ha limitado a pasar de puntillas respecto a la queja formulada en relación con la denegación de la prueba propuesta, al afirmar que «es correcta la decisión del instructor en cuanto a la tramitación del expediente, sin que sean necesarias [sic] la práctica de nuevas pruebas» (Auto de 25 de julio de 2006).

La denegación de la prueba propuesta denota una clara indefensión, entendida como privación del derecho de defensa. Los documentos solicitados (parte del funcionario, declaraciones de los funcionarios testigos de los hechos, etc.) tienen incidencia directa en la cuestión que se debate, ya que pueden alterar el resultado final del proceso.

c) Vulneración de los derechos de defensa, de asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española).

El demandante de amparo en el pliego de cargos solicitó expresamente entrevistarse y ser asesorado por otro interno en la misma prisión, siendo denegada dicha pretensión por Resolución de 17 de abril de 2006, con base en el argumento de que «no procede entrevistarse con el interno, toda vez que no se autorizan las comunicaciones intermodulares entre amigos». El órgano judicial, por su parte, consideró «correcta la decisión del instructor en cuanto al asesoramiento solicitado» (Auto de 25 de julio de 2006).

Es flagrante la arbitrariedad padecida por el recurrente, más si se tiene en cuenta que en situaciones similares se le reconoció judicialmente ese derecho por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Castilla-La

Mancha (Auto de 27 de septiembre de 2001). Las resoluciones judiciales ahora recurridas en amparo chocan de plano con la tesis, razonada y respetuosa, postulada por otro órgano judicial con idénticas funciones, lo que evidencia el carácter arbitrario y totalmente ajeno al espíritu del legislador de las resoluciones que se recurren.

d) Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al recurso (artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española).

El demandante de amparo contra el Auto de 25 de julio de 2006 interpuso en la misma fecha recurso de aclaración y, para evitar una eventual preclusión del trámite, también recurso de reforma, reservándose respecto a este último el derecho a formular alegaciones una vez se resolviese el recurso de aclaración. Pues bien, el recurso de aclaración nunca se tramitó y el de reforma fue desestimado por Auto de 30 de octubre de 2006.

De la simple observación del recurso de reforma se infiere que la afirmación que se vierte en el Auto que lo resuelve sobre las alegaciones efectuadas en el mismo no se ajusta a la verdad, pues no se han efectuado alegaciones de forma efectiva y mucho menos iguales a las expuestas en el recurso de alzada. Lo cierto es que no se formularon alegaciones y sólo se anunció la disposición a efectuarlas en un momento posterior a la resolución del recurso de aclaración.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de las resoluciones administrativa y judiciales impugnadas.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de abril de 2008, admitió a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, obrando ya en la Sala las actuaciones, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de vigilancia penitenciaria), a fin de que procediese a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudieran comparecer en el plazo de diez días en este recurso.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 1 de septiembre de 2008, se tuvo por perso-

nado y parte al Abogado de Estado y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de veinte días formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente.

El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 22 de septiembre de 2008, que, en lo sustancial, a continuación se resume:

a) Tras señalar que se trata de un recurso de los llamados mixtos y que procede comenzar por analizar las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a la Administración penitenciaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 5/2008, de 21 de enero, F. 3; 71/2008, de 23 de junio, F. 1), descarta, con base en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008, que aquélla haya incurrido en las vulneraciones que se le achacan.

El recurrente pretendía ser asesorado mediante entrevista con otro preso interno en módulo distinto. De acuerdo con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008 este motivo de amparo no puede prosperar porque no se denegó el asesoramiento, «sino la forma concreta en que propuso su realización el recurrente» sin que el solicitante propusiera «otra fórmula alternativa» para asesorarse, estando justificada la exclusión de las comunicaciones intermodulares entre internos por «razones de seguridad y buen orden». No hay, pues, violación del artículo 24.2 de la Constitución Española por este motivo.

En la alegación quinta del pliego de descargos, el interno solicitó que «la cárcel» especificara «las veces que me he concentrado y no se me ha sancionado»; que «se dé una copia del informe donde se dice que me negué a disolver»; y que se me facilite «documento dónde se indique que está prohibido concentrarse y por qué». El 17 de abril de 2006 se desestimó la solicitud de «prueba documental» y «pericial» consistente en la incorporación de la copia de la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Castilla-La Mancha, de 27 de septiembre de 2001. Con todo, la resolución de este Juzgado figura unida al expediente.

La demanda de amparo no levanta la carga que le compete a la hora de razonar lo decisivo en términos de defensa de las pruebas rechazadas (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 71/2008, F. 4 y 77/2008, F.

2), con lo que el motivo ha de ser, sin más, desestimado, pues este Tribunal no pudo suplir a la parte en el levantamiento de la carga alegatoria que le compete.

Por lo demás la incorporación del parte y del informe de la Jefatura de Servicios al pliego de cargos permite tener acceso a su contenido. Por lo que toca a las pruebas relativas a las «veces que me he concentrado y no se me ha sancionado» y al documento «donde se indique que está prohibido concentrarse y por qué», es de notar que la sanción se ha impuesto no por «concentrarse» sino por desobedecer la orden legítima de disolver la concentración [artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario], lo que se considera hecho probado en el Auto del Juzgado de 25 de julio de 2006, que, como tal, debe ser respetado en esta vía constitucional [artículo 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]. Por lo tanto, para determinar si hubo o no desobediencia a una orden legítima resulta por completo irrelevante la enumeración de las precedentes concentraciones, si es que las hubo. Por otro lado, no hay documento que «prohíba concentrarse», sino que las reuniones dentro de la prisión están sujetas a autorización por el régimen penitenciario.

No ha existido, pues, violación del derecho a la prueba.

b) Las reuniones dentro de la prisión están sujetas a previa autorización en garantía de la seguridad y el buen orden del establecimiento, y, contra lo que se sostiene en la demanda, no basta con la mera comunicación (Sentencias del Tribunal Constitucional 119/1996, de 8 de julio, F. 2, y 71/2008, F. 5). No ha existido, pues, violación del derecho de reunión y manifestación (artículo 21 de la Constitución Española). La violación de la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución Española) está ayuna de toda fundamentación, aunque tal vez porque se invoque exclusivamente por su estrecha relación con el derecho de reunión y manifestación.

En la misma deficiencia incurre la denunciada lesión del derecho a la igualdad. Si se trata de una desigualdad aplicativa y el término de comparación es la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Castilla-La Mancha, de 27 de septiembre de 2001, hay que señalar que este término de comparación no vale respecto a la Administración penitenciaria, puesto que su actuación en el caso ha sido refrendada judicialmente por el Juzgado Central. Por otro lado, la sanción es por desobediencia a una orden legítima, no por haberse concentrado. Finalmente, y

aun si fuera cierto que anteriores concentraciones no autorizadas se toleraron y no se ordenó su disolución, como debía haberse hecho, es claro que el artículo 14 de la Constitución Española no puede servir de fundamento para la igualdad en la ilegalidad [por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 34/2002, de 11 de febrero, F. 2, y 110/2007, de 10 de mayo, F. 2 b)].

Ha de denegarse el amparo frente a la Administración penitenciaria, puesto que ésta no ha lesionado los derechos fundamentales invocados por el solicitante de amparo.

c) Tampoco cabe apreciar violación del derecho a la tutela judicial efectiva imputable al Juzgado Central. Basta la lectura de la solicitud de aclaración presentada para comprobar que desbordaba claramente los límites de la figura. La estimación parcial de la alzada se basa en que, aun apreciando que se ha cometido la infracción, el Juzgado «modera la sanción», reduciéndola en ejercicio del arbitrio que se atribuye. Pero con su escrito, llamado de aclaración, el penado sostiene que debió estimarse «totalmente, no parcialmente» su recurso. No se pide, pues, aclaración de ningún punto oscuro, sino la modificación de la resolución judicial, de manera que la solicitud de aclaración se utiliza desviadamente. El Juzgado implícitamente la rechaza al desestimar el recurso de reforma.

En la reforma pesa sobre el recurrente la carga de fundamentar el recurso al interponerlo. No cabe que un recurrente pueda alterar el régimen procesal del recurso con el pretexto de que ha solicitado aclaración de la resolución recurrida. La «ampliación de alegaciones» solicitada carece de toda base en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es un trámite inexistente que el recurrente inventa para beneficio propio y que podría servir para defraudar el plazo perentorio para interponer razonadamente el recurso de reforma (artículo 211 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El recurrente podía haber optado por esperar a la contestación a su petición de aclaración y contar el plazo para recurrir en reforma desde que se resolviera sobre ella (artículo 267.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero si -por su libérrima voluntad- decidió simultanear aclaración y reforma era imperativo que se atuviera al régimen procesal de esta última y, por ende, que la hubiera interpuesto exponiendo sus razones impugnativas, cosa que no hizo sino que dejó para un posterior trámite de su invención, carente de toda base legal.



Así pues, procede también denegar el amparo por la violación imputada al Juzgado Central.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 17 de octubre de 2008, que, en lo sustancial, a continuación se resume:

a) El carácter mixto del recurso obliga, a su juicio, a analizar, en primer lugar, las vulneraciones del derecho a la prueba y a la defensa y a un proceso con todas las garantías que se atribuyen a la actuación de la Administración penitenciaria, para examinar luego la queja relativa a la vulneración del derecho a la libertad de expresión y reunión pacífica, dejando para el último lugar la lesión de carácter autónomo que se imputa a las resoluciones del Juzgado Central de Menores referida al derecho a la tutela judicial efectiva.

b) En relación la denunciada violación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 de la Constitución Española), el Ministerio Fiscal sostiene que la primera de las pruebas solicitadas no puede considerarse relevante ni decisiva en términos de defensa, pues el dato que se pretendía incorporar al expediente -determinar las veces que el demandante había participado en otras concentraciones anteriores y si había sido sancionado o no por ello- carecía de relevancia a los efectos de la tramitación del expediente incoado en su contra, así como para establecer la tipicidad de la conducta que se le imputaba. Hay que destacar que el expediente disciplinario no se le incoa por el hecho de participar en una concentración en el patio del establecimiento penitenciario, sino por haber desobedecido la orden verbal de disolución emitida por funcionarios de servicio, según consta en el relato de hechos del pliego de cargos, basado en el parte de incidencias redactado por el funcionario de servicio. Siendo éstos los hechos imputados resultaba totalmente intrascendente determinar si el demandante había participado en otras concentraciones anteriores y si había sido o no sancionado por ello, por lo que la prueba propuesta no puede calificarse de decisiva en términos de defensa. Por otro lado, el demandante en ningún momento negó la participación en la referida concentración, sino que basó su defensa en la vulneración de su derecho de reunión pacífica y en el hecho de que no había recibido orden alguna por parte de los funcionarios para que procedieran a su disolución (así lo manifestó expresamente en su pliego de descargos), no habiendo propuesto en tiempo y forma la declaración de dichos funcionarios o la de los

propios internos que participaron en la referida concentración para oírles sobre tal extremo. Esta prueba sí podía ser considerada relevante desde la perspectiva de su defensa.

Respecto a las otras dos pruebas propuestas, no se pretendía con ellas introducir nuevos datos fácticos al expediente, por lo que en realidad no se está ante una proposición de prueba en sentido técnico-jurídico. Además mediante la notificación del pliego de cargos al demandante se había dado ya cumplida respuesta a su solicitud, pues en él se pormenorizaban los hechos objeto de imputación, así como su calificación a efectos disciplinarios, conociendo por esta vía la existencia del parte de incidencias levantado por el funcionario de servicio y, por tanto, el motivo de la propuesta de sanción disciplinaria y su cobertura normativa [artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario]. La falta de entrega de copia del parte de incidencias carece en este caso de relevancia constitucional, pues no ha sido causante de indefensión material. El demandante de amparo tuvo acceso al mismo a través del pliego de cargos debidamente notificado, cuyo relato de hechos reproduce el contenido del referido parte. Hechos que fueron los que motivaron finalmente la imposición de la sanción disciplinaria, por lo que en todo momento el demandante tuvo intactas sus posibilidades de alegación y defensa (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2007, F. 5). Por ello la denegación de dichas pruebas por parte del Instructor del expediente sobre la base de que el demandante había tenido acceso al parte del funcionario y del Jefe de Servicios, a través del pliego de cargos, no puede calificarse de inmotivada o arbitraria o irrazonable, ni le ha colocado en una situación de indefensión material con trascendencia constitucional.

En realidad ninguna de las pruebas propuestas tenían como objeto acreditar el dato esencial sobre el que el demandante de amparo basaba su estrategia defensiva, cual era no haber recibido ninguna orden de disolución por parte de los funcionarios de servicio, ni eran precisas para establecer la vulneración o no del derecho de reunión invocado expresamente en el pliego de descargos. Frente a esta afirmación en el parte de incidencias levantado por el funcionario de servicio se hace constar que el demandante junto con otros internos se negó a cesar en la concentración a pesar de los requerimientos verbales realizados por el funcionario, haciéndose constar tal extremo en el pliego de cargos formalizado por el Instructor del expediente y comunicado oportunamente al demandante. La

falta de idoneidad objetiva de la prueba en relación con el tema decidido y la ausencia de toda justificación acerca de la trascendencia que dichas pruebas pudieron haber tenido en la decisión final hacen que el motivo alegado deba ser desestimado (Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2008, F. 3).

c) Respecto a la denunciada lesión del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías, al no habersele permitido al demandante de amparo durante la tramitación del expediente disciplinario entrevistarse y ser asesorado por otro interno del mismo centro penitenciario, el Ministerio Fiscal sostiene que en realidad lo que le denegó la Administración penitenciaria no fue el hecho mismo del asesoramiento, sino que éste se articulara por la vía de una entrevista personal con el interno propuesto. Denegación fundada en una norma vigente de régimen interior que vedaba las comunicaciones personales intermodulares entre amigos por razones de seguridad y buen orden. Por tanto, la decisión administrativa no vedaba totalmente la posibilidad del asesoramiento previsto reglamentariamente, pues podía tener lugar por otras vías que fueran compatibles con las exigencias de seguridad. El demandante insistió en mantener la entrevista personal sin proponer otras vías de asesoramiento alternativas como podía ser la comunicación escrita o la elección de otra persona que le facilitara dicho asesoramiento y en la que no concurrieran aquellas circunstancias. Resulta de aplicación al caso la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008 (F. 3), dado que la decisión de la Administración penitenciaria no privó en ningún momento al demandante de la posibilidad de hacer efectivo su derecho al asesoramiento, pudiendo haberlo ejercitado por otras vías compatibles con las exigencias de seguridad y buen orden.

Además, el Ministerio Fiscal señala que el hecho de que no hubiera recibido finalmente asesoramiento no ha provocado en el demandante de amparo una limitación efectiva de sus posibilidades de defensa, ni permite concluir que la ejercitada por él no tuviera la necesaria calidad técnica para introducir en el debate cuestiones relevantes en orden a la decisión final del expediente. Resulta relevante en este punto que la solicitud de asesoramiento se realiza una vez presentado el pliego de descargos, en el que se plantea ya, en síntesis, la estrategia defensiva mantenida a lo largo del procedimiento. La ausencia de asesoramiento tampoco le ha impedido formular alegaciones y proponer pruebas durante la tramitación del expe-

diente disciplinario, ni formalizar personalmente recurso de alzada ante el Juzgado Central de Menores. La propia demanda de amparo se limita a denunciar esta falta de asesoramiento propio pero con un carácter puramente formal, pues omite todo esfuerzo de justificación encaminado a acreditar en qué modo su ausencia repercutió de forma negativa en la defensa desarrollada por el demandante durante el expediente disciplinario. En estas condiciones, la falta de asesoramiento durante la tramitación del expediente disciplinario no ha limitado las posibilidades efectivas de defensa del demandante, ni la calidad técnica de la misma, por lo que ninguna vulneración del derecho de defensa o del derecho a un proceso con todas las garantías se ha producido. Ha de resaltarse, también, que el demandante de amparo frente a la denegación administrativa no propuso una forma alternativa de asesoramiento que se ajustara a las normas de régimen interno del centro.

d) Para el Ministerio Fiscal tampoco puede prosperar la denunciada lesión del derecho a las libertades de expresión (artículo 201 de la Constitución Española) y de reunión pacífica (artículo 21.1 de la Constitución Española). Tras reconducir la queja a la segunda de las libertades invocadas en la demanda, considera plenamente de aplicación la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008, dictada en relación con el demandante de amparo en un supuesto que presenta notables similitudes con este caso. Según resulta del expediente disciplinario el recurrente se limitó a entregar al funcionario de servicio, una vez iniciada la concentración, una instancia comunicando la realización de una concentración de carácter reivindicativo. En estas condiciones, como se afirma en la referida Sentencia, no se posibilitó que la Administración penitenciaria determinara y ponderara las razones de orden y de seguridad del Centro que pudieran verse afectadas por su realización, por lo que la conducta no quedaba amparada por el ejercicio legítimo del derecho de reunión pacífica. La orden de disolución procedente de los funcionarios de servicio no puede considerarse que vulnere dicho derecho, por lo que la sanción disciplinaria derivada de la negativa a obedecer dicha orden [prevista en el artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario] tampoco puede estimarse que vulnerase el referido derecho fundamental. La sanción se impone en el ejercicio de las facultades que corresponden al centro penitenciario en orden a mantener la seguridad y la convivencia en el interior del establecimiento, del que deriva el correlativo deber de los internos de acatar las normas de régimen interno y las órdenes dimanantes

tes de las autoridades penitenciarias en el ejercicio legítimo de sus funciones. En estas condiciones la sanción impuesta al demandante no conlleva una injerencia desproporcionada en el contenido esencial de los derechos fundamentales invocados y, por otro lado, tampoco puede considerarse ajena al fin constitucionalmente legítimo de protección del orden y la convivencia en el marco de la referida relación de sujeción especial a la que estaba sometido, por lo que ninguna vulneración se ocasionó en su derecho a la reunión pacífica (artículo 21.1 de la Constitución Española).

e) Finalmente, por lo que se refiere a la denuncia lesión de los derechos al recurso, a formular alegaciones, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías que se imputa al Juzgado Central, el Ministerio Fiscal destaca dos elementos que estima relevantes y que neutralizan la existencia de la supuesta vulneración constitucional.

El primer dato relevante consiste en que por providencia de 20 de septiembre de 2006 se acordó tener por interpuesto recurso de reforma que le fue notificada al Letrado del demandante de amparo, quien se aquietó a dicha resolución, sin advertir al Juzgado la interposición del recurso de aclaración y sin recurrir dicha providencia solicitando la concesión de un trámite para formular alegaciones con anterioridad a que se dictase la resolución definitiva, lo que hace que la vía judicial previa no pueda estimarse agotada a los efectos del carácter subsidiario del recurso de amparo.

El segundo de los datos relevantes deriva del propio contenido del denominado recurso de aclaración. Si se analiza su contenido se puede constatar que la solicitud excedía de los estrechos límites en que debe desenvolverse la aclaración de resoluciones firmes y, en realidad, el demandante plantea de nuevo la cuestión de fondo denunciando la vulneración de sus derechos de libertad de expresión y de reunión pacífica, que había constituido el núcleo esencial de su recurso de alzada.

En estas condiciones se puede afirmar que si bien existió una infracción procesal al no tramitarse formalmente el recurso de aclaración, en realidad dicha infracción procesal carece de trascendencia constitucional, pues no se generó situación de indefensión material. El demandante tuvo la oportunidad real de formular dichas alegaciones por la vía de la solicitud de aclaración, ya que los términos en que fue planteada excedían de

los estrechos límites de dicho recurso y reproducían el núcleo esencial de su pretensión impugnatoria formalizada con el recurso de alzada.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia denegando el amparo solicitado.

Por providencia de 8 de enero de 2009, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 12 del mismo mes y año.

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Almería, de 17 de mayo de 2006, recaído en el expediente disciplinario núm. 196-2006, así como la de los Autos del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (con funciones de Vigilancia Penitenciaria), de 25 de julio y de 30 de octubre de 2006, recaídos, respectivamente, en los recursos de alzada núm. 549-2006 y de reforma núm. 634-2006, en virtud de los cuales se impuso al recurrente, como autor de una falta grave consistente en desobedecer órdenes recibidas de autoridades o funcionarios [artículo 109 b) del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981], la sanción de seis días de privación de paseos y actos recreativos comunes [artículo 111 e) del Reglamento Penitenciario de 1981].

El demandante de amparo imputa al Acuerdo de la Administración penitenciaria la vulneración del derecho a no sufrir discriminación y a las libertades de expresión y reunión (artículos 14, 20 y 21, en relación con el artículo 25.2, de la Constitución Española), al haber sido sancionado como consecuencia de una concentración llevada a cabo en el patio del establecimiento penitenciario; la lesión de los derechos a la prueba y a la defensa (artículo 24 de la Constitución Española), al habersele denegado durante la tramitación del expediente la práctica de las pruebas propuestas; y, en fin, la violación de los derechos de defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la Constitución Española), al no haberle permitido entrevistarse con otro interno a fin de que le asesorase. Por otra parte, como vulneración autónoma achaca al Auto del Juzgado Central de Menores de 30 de octubre de 2006 la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al recurso (artículo 24 de la Constitución Española), por no haber tramitado el recurso de aclaración que interpuso contra el Auto de 25 de julio de 2006, desestimatorio del recurso de alzada contra el Acuerdo sancionador, y no haber

podido efectuar alegaciones de modo efectivo con ocasión del recurso de reforma.

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal por las razones que se han dejado expuestas en los antecedentes de esta Sentencia se oponen a la estimación del recurso de amparo.

Antes de proceder al examen de las distintas vulneraciones de derechos fundamentales que se aducen en la demanda, es preciso determinar el orden de su enjuiciamiento.

Nos encontramos ante un recurso de amparo denominado mixto (artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), en la medida en que además de impugnarse el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario y, en cuanto no han reparado las lesiones de derechos fundamentales que se imputan a éste, las resoluciones judiciales recaídas con ocasión de los recursos de alzada y de reforma, se denuncia también respecto del Auto de 30 de octubre de 2006 una vulneración autónoma de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al recurso. La preservación del carácter subsidiario del recurso de amparo nos ha de conducir a enjuiciar, en primer término, frente al orden de análisis propuesto por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, la violación de derechos que se dirige contra el Auto de 30 de octubre de 2006, pues de ser estimada debemos detener en este punto nuestro examen y retrotraer las actuaciones a fin de que el órgano judicial pudiera concluir debidamente la vía judicial procesalmente prevista y, otorgar, en su caso, la tutela que de él se pretende. Se preserva así la posición de subsidiariedad propia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, favoreciendo que los órganos judiciales tengan la posibilidad de agotar y, en caso de estimación, reparar en vía ordinaria las lesiones de derechos fundamentales que ante ellos se alegan o bien de desestimar motivadamente tales pretensiones cuando carezcan de fundamento (Sentencias del Tribunal Constitucional 124/2007, de 21 de mayo, F. 2; 155/2007, de 12 de febrero, F. 1, entre otras).

El demandante de amparo, bajo la invocación conjunta del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho al recurso (artículo 24 de la Constitución Española), reprocha al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional que no hubiese tramitado el recurso de aclaración que interpuso contra el Auto de

25 de julio de 2006, desestimatorio del recurso de alzada contra el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario, y la circunstancia de no haber podido formular alegaciones de manera efectiva con ocasión del recurso de reforma.

Ha de ser desestimada sin necesidad de un especial esfuerzo argumental la queja del recurrente. En primer lugar, porque como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, el Letrado del demandante de amparo se aquietó a la providencia del Juzgado Central de Menores, de 20 de septiembre de 2006, por la que el órgano judicial tuvo por interpuesto recurso de reforma contra el Auto de 25 de julio de 2006, dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y disponía el dictado de la resolución pertinente una vez evacuado dicho trámite. El Letrado del recurrente, en vez de advertir al órgano judicial sobre la interposición simultáneamente al recurso de reforma de un recurso de aclaración, requerir la resolución de éste antes de la de aquél o, en fin, solicitar la concesión de un trámite para formular alegaciones en el recurso de reforma, no impugnó aquella providencia, en la que se preveía, tras el trámite de alegaciones del Ministerio Fiscal, la resolución del recurso de reforma. Así pues, no puede prosperar la denunciada vulneración de derechos fundamentales, pues, según reiterada doctrina constitucional, no cabe apreciar una lesión del artículo 24.1 de la Constitución Española como consecuencia de una situación de indefensión material en aquellos supuestos en los cuales tal situación se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia o de los profesionales que le representen o defienden (Sentencias del Tribunal Constitucional 275/2005, de 7 de noviembre, F. 5; 55/2006, de 27 de febrero, F. 3).

A mayor abundamiento, como el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal señalan, la solicitud de aclaración desbordaba claramente los márgenes de esta figura, pues el demandante de amparo no pedía la aclaración de algún punto oscuro o la rectificación de algún error material o manifiesto (artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino la revocación del Auto resolutorio del recurso de alzada, para que fuese estimada íntegramente la pretensión del recurrente de que habían sido vulnerados los derechos fundamentales que había invocado en dicho recurso. De modo que, en definitiva, la solicitud de aclaración se había utilizado desviadamente, al volverse a suscitar con ocasión de la misma lo



que constituía el núcleo esencial del recurso de alzada. En estas condiciones se puede afirmar, como sostiene el Ministerio Fiscal, que, aun admitiendo la existencia de una infracción procesal por no haberse tramitado formalmente la solicitud de aclaración, no se ha colocado al demandante de amparo en una situación material de indefensión, al exceder claramente dicha solicitud del ámbito legalmente conferido a este remedio procesal. Ha de recordarse al respecto que no toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sólo en indefensión de trascendencia jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el artículo 24 de la Constitución Española, sino que ese resultado sólo se produce cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (Sentencias del Tribunal Constitucional 130/2002, de 3 de junio, F. 4; 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10; 258/2007, de 18 de diciembre, F. 3).

De otra parte, al interponer el recurso de reforma contra el Auto que resolvía el recurso de alzada era carga del demandante fundamentar el recurso, sin que, como el Abogado del Estado señala, pueda quedar a su arbitrio la alteración del régimen procesal del recurso en cuestión. La ampliación de alegaciones que pretende o, más propiamente dicho, postergar su formulación a un momento posterior al de la interposición, es un trámite inexistente que carece de toda base en la Ley de enjuiciamiento criminal. De modo que el demandante de amparo debió formular los argumentos en los que pretendía fundar el recurso de reforma en el momento mismo de interponerlo.

Por las razones expuestas, ha de ser desestimada la demanda de amparo en relación con la vulneración de derechos fundamentales que se imputa al Auto de 30 de octubre de 2006.

El enjuiciamiento de las vulneraciones de derechos fundamentales que serían directamente imputables, en cuanto acto con el que concluye la vía administrativa, al Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario ha de comenzar por aquellas que puedan conducir a la retroacción de actuaciones en el seno del procedimiento sancionador y, dentro de éstas, por las que al determinar la retroacción a momentos anteriores hacen innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes (Sentencias del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 de abril, F. 2; 100/2004, de 2 de junio, F. 4; 16/2008, de 31 de enero, F. 2).

El demandante de amparo estima vulnerados los derechos a la defensa, a la asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), por haberle sido denegada la solicitud de entrevistarse y ser asesorado por don F.Z., también interno en el Centro Penitenciario.

Este Tribunal tuvo ya ocasión de examinar en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008, de 23 de junio, una queja idéntica del mismo demandante en un supuesto sustancialmente similar. Declaramos en la citada Sentencia, tras destacar la relevancia constitucional de que el interno se asesore legalmente para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que se le imputan, «que la previsión legal de que el asesoramiento se lleve a cabo por cualquier persona que designe el interno debe entenderse en el sentido de que la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario, lo que determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no puede causar vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, y menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, éste opta por aquellas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro. Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 de la Constitución Española resulta necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2006, de 27 de febrero, F. 3)» (F. 3).

Pues bien, en aplicación de la reseñada doctrina constitucional, como aconteció en el supuesto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008 y ocurre en el caso que nos ocupa, ha de ser desestimada la queja del recurrente en amparo. Dijimos entonces, y hemos de reiterar ahora que, en primer lugar, se constata, lo que queda acreditado en las actuaciones, que «lo denegado no fue en sí mismo el hecho del asesoramiento,

sino la forma concreta en que propuso su realización el recurrente -entrevista personal. Ello implica que no se puede afirmar que la Administración penitenciaria haya privado al recurrente de la posibilidad de hacer efectivo su derecho, pues, en última instancia, la decisión administrativa no imposibilitaba que ese asesoramiento hubiera [podido] efectuarse de cualquier otra forma que no resultara contrario a las razones de seguridad y buen orden, como es el asesoramiento por escrito». «En segundo lugar, tampoco resulta posible apreciar defectos constitucionales de motivación en esta decisión», ya que se fundamentó en que no estaban autorizadas las comunicaciones intermodulares entre amigos, »lo que implica identificar la existencia de un fin constitucionalmente legítimo que la justifica, como son las razones de seguridad y de buen orden. En tercer lugar, tampoco el hecho de que finalmente el recurrente no pudiera contar con algún tipo de asesoramiento, que es en lo que se concreta la indefensión material, puede ser imputado a la Administración, toda vez que, ante la negativa del instructor a acceder a realizar el asesoramiento de la manera solicitada, el recurrente no propuso ninguna otra fórmula alternativa bien en cuanto a la forma de verificarlo bien eligiendo un asesor en quien no concurrieran esas específicas circunstancias» (ibídem).

El demandante de amparo estima también que han sido vulnerados sus derechos a la prueba y a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española), al haberle sido denegadas las pruebas propuestas durante la tramitación del procedimiento sancionador.

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución Española) exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado tal derecho en los supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. Igualmente se ha señalado que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración de este derecho es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la prueba sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 66/2007, de 27 de marzo, F. 5; 71/2008, de 23 de junio, F. 5).

Pues bien, el recurrente no ha cumplido en este caso con la carga procesal que le corresponde de acreditar y justificar que la actividad probatoria denegada, siquiera indiciariamente, se tradujera en una situación de indefensión efectiva por la posible relevancia o trascendencia que aquella actividad pudiera tener en relación con la decisión final del proceso, lo que constituye motivo suficiente, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia, para desestimar su queja, no pudiendo este Tribunal suplir a la parte en el levantamiento de la carga alegatoria que le compete. Además, como el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal ponen de manifiesto en sus escritos de alegaciones, de un lado, la incorporación del parte de incidencias redactado por el funcionario de servicio al pliego de cargos ha permitido al recurrente tener acceso a su contenido, por lo que no puede tildarse de arbitraria e irrazonable la decisión del Instructor de denegar su práctica; y, de otro, las pruebas relativas a la vez que el demandante se ha concentrado y no ha sido sancionado y al documento en el que se prohíben las concentraciones, así como la incorporación al procedimiento del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Castilla-La Mancha, de 27 de septiembre de 2001, resultan totalmente irrelevantes a los efectos de acreditar el hecho que ha determinado la sanción, esto es, la desobediencia a la orden del funcionario de disolver la concentración.

Tampoco puede prosperar, por lo tanto, este motivo de amparo.

Finalmente, el recurrente alega la vulneración del derecho a no sufrir discriminación y a las libertades de expresión y reunión (artículos 14, 20 y 21, en relación con el artículo 25.2, de la Constitución Española), por haber sido sancionado como consecuencia de la concentración llevada a cabo en el patio del establecimiento penitenciario en horario normal y habitual de paseo, de corta duración, sin portar pancarta alguna, de forma silenciosa y pacífica, con aviso previo, siendo, además, disuelta motu proprio.

Huérfana de toda argumentación se presenta la vulneración del derecho a no sufrir discriminación, por lo que ha de ser desestimada sin más la denunciada lesión del artículo 14 de la Constitución Española. De otra parte, como este Tribunal ya declaró en la reiteradamente citada Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008, ante una queja sustancialmente idéntica del ahora recurrente, «la invocación del derecho a la libertad de expresión resulta meramente retórica y debe reconducirse al derecho de reunión pacífica» (F. 5).

Centrada en estos términos la queja del recurrente en amparo, hay que comenzar por destacar, como advierten el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, que el expediente disciplinario no se le ha incoado por el hecho de haber participado en una concentración en el patio del establecimiento penitenciario, sino por el hecho de haber desobedecido la orden verbal de disolución dada por los funcionarios de servicio, según consta en el relato de hechos del pliego de cargos y cuya desobediencia fue sancionada, según se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 1. Ante idéntica queja del recurrente dijimos en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2008 y hemos de reiterar ahora que «En relación con el ejercicio de este derecho dentro de los centros penitenciarios por parte de los condenados a prisión, debe incidirse en que, estando previsto en el artículo 25.2 de la Constitución Española que los derechos fundamentales de los internos queden expresamente limitados por la condena, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria, ya este Tribunal ha destacado que el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y seguridad constitucionalmente legítimas (Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1996, de 8 de julio, F. 2). A partir de ello, no cabe admitir la afirmación del recurrente de que las reuniones y concentraciones realizadas por internos dentro de centros penitenciarios no requieren de autorización previa, toda vez que no puede privarse a la Administración penitenciaria de que determine y pondere en cada caso si el pretendido ejercicio de este derecho resulta compatible con la condición de presos en general, con el cumplimiento de su pena privativa de libertad, con la seguridad y buen orden del establecimiento, con la libertad de los demás presos con los que obligadamente conviven los peticionarios y con la correcta prestación por los funcionarios del centro penitenciario de sus restantes servicios y funciones» (ibídem).

Como hicimos entonces, también debemos concluir ahora declarando que «habida cuenta de que el recurrente, junto con otros presos, se limitó a comunicar por medio de instancia entregada poco antes de su celebración que participaría en una concentración, pero sin posibilitar que la Administración determinara y ponderara las razones de orden y de seguridad del centro que pudieran verse afectadas, no cabe afirmar que fuera una conducta amparada por el legítimo ejercicio de este derecho» (ibídem).

En consecuencia, también ha de ser desestimado este motivo del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional, ha decidido Desestimar la demanda de amparo promovida por don R. A. M.

## **102.- SENTENCIA 156/2009 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 29/06/09**

**Estima parcialmente la demanda. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales estereotipadas. Mantiene la validez de los acuerdos administrativos sancionadores.**

En el recurso de amparo núm. 5682-2004, promovido por J. L. A. S. C., representado por la Procuradora de los Tribunales y asistido por el Abogado, contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2004, desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 4 de junio de 2004, que resolvió el recurso de alzada formulado contra los Acuerdos de 16 y 22 de enero de 2004 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Algeciras (Cádiz) recaídos en los expedientes disciplinarios núms. 1221-2003, 1236-2003, 1250-2003 y 1258-2003, que le impusieron cuatro sanciones de siete fines de semana de aislamiento en celda, como responsable de otras tantas faltas muy graves previstas en el artículo 108 a) del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

Mediante escrito presentado en el Centro Penitenciario de Algeciras el 15 de septiembre de 2004, recibido en el Registro General de este Tribunal el 21 de septiembre del mismo año, don J. L. A. S. C. manifestó su voluntad de interponer recurso de amparo contra las resoluciones que se citan en el encabezamiento de esta resolución. En el mismo escrito solicitaba el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para formular la demanda de amparo. Tras las referidas designaciones, el 26 de noviembre de 2004 se presentó la demanda de amparo.

Los fundamentos de hecho del recurso de amparo son los siguientes:

- a) En virtud de parte emitido por funcionario del Centro Penitenciario de Algeciras, el Director del mismo acordó, mediante Resolución de 24 de noviembre de 2003, incoar procedimiento disciplinario (núm. 1221-2003) contra el interno don J. L. A. S. C., como consecuencia de que durante los días 1 a 31 de agosto de 2003, en concierto con otros internos, se negó a salir al patio general del módulo durante las horas asignadas a tal efecto. Habiéndose repetido los hechos durante los meses de septiembre, octubre y noviembre del mismo año, se incoaron los expedientes registrados con los números 1236-2003, 1250-2003 y 1258-2003.
- b) Los hechos fueron calificados en los pliegos de cargos formulados por el Instructor de los expedientes como constitutivos de falta muy grave del artículo 108 a) del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo (aplicable según lo establecido en la disposición derogatoria del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el vigente Reglamento penitenciario), proponiendo en cada uno de ellos que se impusiese al interno una sanción de hasta siete días de aislamiento en celda.
- c) Durante la tramitación de los expedientes, el interno solicitó que se incorporase a los mismos la Orden de la Dirección del Centro reguladora del régimen de vida en celda de aislamiento, la documentación justificativa de ciertos estudios académicos, así como determinadas resoluciones recaídas en anteriores expedientes sancionadores. También solicitó que le fuese facilitado el acceso a las pruebas de cargo, concretamente al parte disciplinario que motivó la incoación del expediente y al escrito del Jefe de Servicios elevando dicho parte al Director del Centro. Igualmente pidió conocer los números de identificación del funcionario que libró el parte y del Jefe de Servicios; que se incorporasen los soportes de grabación del sistema de video-vigilancia; también, las declaraciones del Director, Subdirectores, encargados y funcionarios que prestaban servicio en el módulo de régimen especial y, por último, un careo con el funcionario que emitió el parte de incidencias.

El Instructor de los expedientes denegó la incorporación del parte que dio lugar a la incoación del expediente y del oficio del Jefe de

Servicios elevando dicho parte al Director del Centro, por innecesario, toda vez que su contenido aparece transcrito en los pliegos de cargos de los que se dio traslado al interno. Tampoco atendió la solicitud referida a la identificación de tales funcionarios, por estimarla innecesaria para la evaluación de los hechos a que se refieren los expedientes y a fin de preservar la seguridad de los funcionarios y del Centro, al estar encuadrado el recurrente en la categoría FIES 3, por su condición de miembro de una banda armada. La incorporación de la grabación del sistema de video-vigilancia fue denegada en atención a que su aportación no desvirtuaría la resolución final de cada expediente ya que los hechos fueron dados a conocer por el funcionario que suscribió el parte y ratificados posteriormente por el Jefe de Servicios, cuyas manifestaciones gozan de presunción de veracidad, sin que el soporte de video-vigilancia aportase nada a los hechos relatados en su día por el funcionario. Por último, estimó improcedente tanto el careo como las declaraciones del Director, Subdirectores, encargados y funcionarios que prestaban servicio en el módulo de régimen especial, puesto que el parte de incidencias era suficientemente claro, sin que existiera motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario que lo formuló.

- d) Tras las correspondientes propuestas de resolución, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario aprobó los días 16 y el 22 de enero de 2004 los Acuerdos que pusieron fin a los expedientes disciplinarios núms. 1221-2003, 1236-2003, 1250-2003 y 1258-2003, imponiendo en cada uno de ellos al recurrente la sanción de siete fines de semana de aislamiento en celda, como responsable de otras tantas faltas muy graves previstas en el artículo 108 a) del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.
- e) El demandante de amparo interpuso recurso de alzada ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitencia de la Audiencia Nacional. En su recurso alegó: 1) la indebida denegación de pruebas; 2) que se le había impedido mantener comunicación no intervenida con sus Abogados; y 3) que los Acuerdos sancionadores se habían apartado del criterio establecido en resoluciones precedentes de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía y núm. 3 de Madrid.



- f) El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria procedió a acumular en un solo procedimiento la impugnación de las cuatro resoluciones administrativas sancionadoras, dictando Auto el 4 de junio de 2004, en el que se estimaba acreditada la comisión de los hechos objeto de la sanción y ser correcta su tipificación.
- g) El demandante de amparo interpuso contra el anterior Auto recurso de reforma, en el que comenzó exponiendo que en el curso de la actuación administrativa fue vulnerado su derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española) al negársele el asesoramiento jurídico solicitado y el acceso al material probatorio de cargo; así como el derecho a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución Española) al no haberse llevado a cabo las que solicitó en la vía disciplinaria y cuya práctica reiteró al órgano judicial; denunciaba igualmente la infracción de los principios de legalidad y tipicidad, rechazando la subsunción de los hechos en el artículo 108 a) del Reglamento penitenciario; alegó también que había formado parte de la Comisión Disciplinaria que le sancionó el Jefe de Servicios que dio traslado al Director del parte de incidencias; que en las propuestas de resolución no se contiene un relato de hechos probados; y que en los Acuerdos sancionadores se omite toda referencia a las pruebas denegadas por el Instructor. En relación con el propio Auto recurrido en reforma, alegó su insuficiente motivación, al dejar sin resolver diversas cuestiones planteadas en el recurso de alzada. Por último, adujo la vulneración de la libertad de expresión.
- h) El recurso fue desestimado por Auto de 1 de septiembre de 2004 en consideración, exclusivamente, a que «las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan hechos, razones o argumentos distintos a los ya expuestos en el recurso de alzada sino que contienen una interpretación subjetiva y diferente de los hechos o la valoración jurídica que se hacen en el auto recurrido, por lo que procede su desestimación».

En la demanda de amparo se alega que las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos del recurrente a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española), a las libertades ideológica (artículo 16.1 de la Constitución Española) y de expresión (artículo 20.1.a de la Constitución Española), a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes (artí-

culo 24.2 de la Constitución Española), así como los principios de legalidad y tipicidad proclamados en el artículo 25.1 de la Constitución Española.

- a) Comienza rechazando el demandante que su conducta sea sancionable puesto que salir al patio durante el tiempo asignado al efecto es un derecho renunciable, sin que la decisión de permanecer en la celda entrañe un plante, perjudique a terceros, atente contra el orden público o contra la Administración penitenciaria, ni constituya abuso de derecho. Añade que así lo venía entendiendo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Andalucía al resolver supuestos análogos. Por el contrario, tanto el centro penitenciario como el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria no han tenido en cuenta los principios odiosa sunt restringenda e in dubio pro reo, infringiendo los principios de legalidad y tipicidad estatuidos en el artículo 25.1 de la Constitución Española. La vulneración de este precepto constitucional se sustenta también en la inconcreción en los acuerdos sancionadores, que no permiten discernir con suficiente grado de certeza cuál es la conducta imputada, realizándose una interpretación analógica, en contra del recurrente, del artículo 108 a) del Reglamento penitenciario, pues la desobediencia colectiva no existe como ilícito administrativo y el interno no incumplió ninguna de sus obligaciones.
- b) En segundo lugar, se aduce que las resoluciones recurridas han violado el derecho constitucional a la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución Española en relación con los derechos de defensa y a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución Española). Señala que ha sido tratado de forma discriminatoria respecto de aquellos internos a los que se permite disponer libremente de sus derechos sobre las horas de patio, añadiendo que, con el fin de patentizar la lesión del artículo 14 de la Constitución Española, propuso infructuosamente varias declaraciones testimoniales de funcionarios del Centro y el careo con quien suscribiera el parte de los hechos y acompañó resoluciones judiciales que aprecian la inexistencia de ilícito administrativo en este tipo de hechos.
- c) Se denuncia también la vulneración de las libertades ideológica y de expresión proclamadas en los artículos 16.1 y 20.1 a) de la Constitución Española en la medida en que el recurrente ha sido

sancionado por la renuncia a su derecho, fruto de una reflexión producida en su fuero interno derivada de la situación especial de aislamiento que padece, sin que pueda achacarse a su comportamiento una extralimitación en el uso y disfrute de la libertad ideológica, ya que el orden público en nada fue alterado.

- d) A continuación se alega la vulneración del derecho de defensa proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al haberse denegado las pruebas propuestas para demostrar tanto la falsedad de los hechos imputados como la inexistencia de falta administrativa alguna. Al darse la circunstancia de que la única prueba de cargo ha sido el parte elaborado por el funcionario de guardia, se propusieron pruebas que trataban de desvirtuar sus afirmaciones, lo que fue denegado por la Administración penitenciaria; y pese a que fueron reiteradas ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, razonando el valor y la pertinencia de cada prueba, sin embargo, el órgano judicial no se ha pronunciado sobre esta solicitud.
- e) También se alega la violación del derecho de defensa (artículo 24 de la Constitución Española) como consecuencia de no haber tenido conocimiento del contenido del parte de incidencias que sirvió como denuncia. Pese a solicitar al Instructor el tener acceso al material probatorio de cargo, le fue denegado; reiterada la petición a la Comisión Disciplinaria, ésta la obvió. Y reiterada ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, no la contestó, con lo que, además, se violó el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), por incurrir la resolución judicial en incongruencia omisiva.
- f) A su juicio, también ha resultado violado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española puesto que tanto las resoluciones administrativas como las judiciales constituyen modelos impresos preestablecidos, confeccionados para un colectivo especial de internos, pero sin que se tengan en cuenta las peculiaridades de cada caso y preso.
- g) Finalmente, entiende que también se ha violado su derecho constitucional a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) puesto que los Autos recurridos en amparo tratan de forma idéntica, sancionando con la misma gravedad y privación, situaciones distintas.

Por Providencia de 25 de mayo de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, obrando ya en la Sala copia de las actuaciones seguidas en el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, se emplazó al Abogado del Estado y se dio traslado a las partes para que en el plazo de veinte días pudieran formular alegaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Mediante otra providencia de la misma fecha se acordó formar la correspondiente pieza separada de medidas cautelares y, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y al recurrente en amparo, para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la petición de suspensión interesada.

El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 30 de mayo de 2007, expresando que, dadas las fechas de la imposición de las sanciones y de su confirmación por el órgano judicial, la petición de suspensión carecía de objeto. La representación procesal del recurrente, mediante escrito presentado el 5 de junio de 2007, reiteró su petición de que este Tribunal procediera a acordar la suspensión solicitada. El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones presentado el 6 de junio de 2007, estimó procedente que se acordase la suspensión de la ejecución de las sanciones disciplinarias impuestas ya que, de cumplirse, el amparo perdería su finalidad, sin que pudiese colegirse un inmediato perjuicio del interés general o de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros. Finalmente esta Sala, mediante el Auto del Tribunal Constitucional de 2 de julio, acordó suspender la ejecución o, en su caso, los efectos que pudieran derivarse de las sanciones disciplinarias que fueron impuestas al demandante.

El Abogado del Estado cumplimentó el trámite de alegaciones previsto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mediante escrito registrado el 19 de junio de 2007, en el que solicita la desestimación del recurso de amparo.

En relación con las resoluciones judiciales, niega que incurran en incongruencia omisiva puesto que el Auto de 4 de junio de 2004 resuelve la cuestión central planteada en el recurso de alzada, esto es, si la llamada huelga de patio, que el propio recurrente admite haber realizado, es o no

un ilícito disciplinario; y el Auto de 1 de septiembre de 2004, desestimatorio del recurso de reforma, utiliza una fórmula estereotipada pero constitucionalmente suficiente. Tampoco incurren, a su juicio, en violación del derecho a la igualdad pues, además de no aportar el recurrente un término de comparación, el artículo 14 de la Constitución Española, conforme a la jurisprudencia constitucional, no protege contra las llamadas desigualdades por indiferenciación.

Respecto a las resoluciones administrativas, comienza señalando el Abogado del Estado que la supuesta lesión del artículo 14 de la Constitución Española no aparece invocada, ni en el recurso de alzada ni en el de reforma, por lo que esta queja resulta incurso en causa de inadmisión (artículo 50.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 43.1 y 44.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). En todo caso, la legalidad de la actuación administrativa ha sido confirmada judicialmente, por lo que, frente a esa confirmación judicial, no cabe invocar precedentes administrativos contrarios. Y, además, la demanda no alega un concreto término comparativo que permita comprobar si ha existido una diferencia de trato injustificada para con distintos internos ante hechos iguales. Puesto que el demandante alega que no se le ha permitido aportar esa prueba, de ser cierto podría suponer violación del derecho a la prueba pertinente (artículo 24.2 de la Constitución Española) pero no del derecho de igualdad. El recurrente se compara también consigo mismo («ha realizado innumerables huelgas de patio», pero «la Administración nunca antes había incoado expediente»), faltando el requisito de alteridad, aparte de no acreditar la identidad de hechos ni precisar una sola de las huelgas de patio no sancionadas.

También rechaza el Abogado del Estado la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española. El interno fue perfectamente informado de los hechos por los que se le seguían los procedimientos disciplinarios -la participación en una «huelga de patio» concertada con otros presos por delitos de terrorismo- los cuales fueron calificados desde el principio como una infracción muy grave del artículo 108 a) del Reglamento Penitenciario de 1981. Tampoco se han violado los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías por falta de acceso al material probatorio de cargo puesto que el parte de incidencias está incorporado al pliego de cargos y figura en los expedientes, sin que la demanda de amparo razone en qué medida el conocimiento del citado parte hubiese contribui-

do real y efectivamente a su defensa. En relación a la supuesta violación del derecho a la prueba, las propuestas por el interno fueron denegadas fundadamente en el procedimiento disciplinario, sin que la demanda de amparo determine qué hechos no se pudieron probar y qué relevancia podrían tener en la decisión del procedimiento.

Respecto de las quejas referidas a la violación del artículo 25.1 de la Constitución Española en relación con los artículos 16.1 y 20.1 a) de la Constitución Española, señala el Abogado del Estado que estas violaciones no aparecen invocadas en el recurso de alzada por lo que están incursas en la causa de inadmisión del artículo 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 43.1 y 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, el recurrente fue sancionado por la infracción del artículo 108 a) del Reglamento Penitenciario consistente en participar en «motines, plantes o desórdenes colectivos» y tanto la Administración como el Juzgado entienden que una huelga de patio emprendida concertadamente por los presos de ETA condenados por terrorismo constituye un desorden colectivo que altera el buen orden del establecimiento, porque su fin es coaccionar a las autoridades penitenciarias e imponer una mutación de su régimen penitenciario. No puede, pues, entenderse que la subsunción de los hechos bajo el concepto normativo «desorden colectivo» sea infiel al texto o entrañe una argumentación que, por ilógica o extravagante o alejada de los valores constitucionales, sea contraria a la orientación material de la norma aplicada.

El Abogado del Estado niega también la vulneración de los artículos 16.1 y 20.1 a) de la Constitución Española puesto que si la conducta del recurrente es sancionable como infracción disciplinaria no puede simultáneamente ser conceptuada como un acto de ejercicio de las libertades ideológica o de expresión. La libertad ideológica está limitada en sus manifestaciones por el mantenimiento del orden público protegido por la Ley, como es el buen orden del establecimiento (artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria), que representa también un límite a la libertad de expresión de los internos. A ello se añade que conforme al artículo 25.2 de la Constitución Española la legislación penitenciaria puede establecer válidamente restricciones y límites a los derechos fundamentales de los internos.

La representación procesal del recurrente dio cumplimiento al trámite de alegaciones conferido, mediante escrito presentado el 21 de junio 2007,

en el que ratifica, en lo sustancial, cuanto fue expuesto en la demanda de amparo.

El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones en escrito registrado el 2 de julio de 2007, en el que señala que los Autos dictados por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria se limitan a pronunciarse en relación con el derecho del artículo 25.1 de la Constitución Española (principio de legalidad), justificando la tipicidad de los hechos por los que el demandante fue sancionado. Esta patente omisión -oportunamente denunciada en el recurso de reforma frente al Auto de fecha 4 de junio de 2004- se repite en el Auto de 1 de septiembre de 2004, de manera que se dejan sin respuesta pretensiones que no tienen su base en acciones ejercitadas al amparo de la legalidad ordinaria, sino que derivan directamente de la legalidad constitucional y, en concreto, del ámbito que protegen los derechos fundamentales, sobre cuya tutela resulta obligado el previo pronunciamiento jurisdiccional. En el presente caso, la fundamentación contenida en los Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria en relación con el derecho a la prueba y con el derecho a la igualdad, es sencillamente inexistente, sin que pueda apreciarse una desestimación tácita de las cuestiones planteadas, pues resulta absolutamente imposible deducir cuáles son los motivos fundadores de la respuesta ni su ratio decidendi. Es evidente, en opinión del Fiscal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del interno, quien no ha recibido respuesta fundamentada frente a la totalidad de las pretensiones deducidas ante el órgano judicial. Por lo expuesto, pide que se otorgue el amparo al demandante y se declare la nulidad de los Autos de 4 de junio y 1 de septiembre de 2004 dictados por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, ordenándose la retroacción de las actuaciones, a fin de que el órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Por providencia de 25 de junio de 2009 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

La demanda de amparo, presentada por don J. L. A. S. C., se dirige contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2004, desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 4 de junio de 2004, que también desestimó en alzada su queja contra los Acuerdos de 16 y 22 de enero de 2004 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de

Algeciras (Cádiz), que le impusieron cuatro sanciones de siete días de aislamiento en celda, como responsable de otras tantas faltas muy graves previstas en el artículo 108 a) del Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo («instigar o participar en motines, plantes o desórdenes colectivos, así como las conductas individuales que atenten gravemente contra la seguridad, régimen y convivencia del Centro Penitenciario»), aplicable según lo establecido en la disposición derogatoria del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el vigente Reglamento Penitenciario.

La conducta objeto de sanción consistió en que durante los días 1 a 31 de agosto de 2003, el demandante, en concierto con otros internos de la banda terrorista ETA, se negó a salir al patio general del módulo en que se ubica su celda, durante las horas asignadas a tal efecto; habiéndose repetido los hechos durante los meses de septiembre, octubre y noviembre del mismo año.

El demandante formula un recurso de amparo de naturaleza mixta (artículos 43.1 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), resultado de la acumulación de dos pretensiones impugnatorias en una misma demanda. Por el cauce del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional impugna las resoluciones administrativas sancionadoras, alegando, en esencia, que salir al patio general del módulo durante las horas asignadas es un derecho renunciabile, siendo su decisión de permanecer en la celda una opción personal vinculada a las libertades ideológica y de expresión proclamadas en los artículos 16.1 y 20.1 a) de la Constitución Española, por lo que los Acuerdos impugnados vulneran el principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la Constitución Española); así como el de igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) en la medida en que a otros internos sí se les ha permitido disponer libremente del uso de las horas de patio; a ello se añade que en el curso de la tramitación de los procedimientos disciplinarios se le negó el acceso al material probatorio de cargo y le fue denegada la práctica de pruebas que propuso (la incorporación a las actuaciones del parte disciplinario y de los soportes de grabación del sistema de video-vigilancia, así como la declaración de diversos funcionarios), lo que vulneró su derecho a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución Española).

Al mismo tiempo, por el cauce del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se recurren los Autos de 4 de junio y 1 de sep-



tiembre de 2004, a los que el demandante reprocha la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la Constitución Española) -por cuanto hechos semejantes no han sido considerados sancionables por otros órganos judiciales- y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española) como consecuencia de que los referidos Autos no dieron respuesta a algunas de las cuestiones planteadas en los recursos de alzada y reforma presentados contra los Acuerdos sancionadores.

A la petición de amparo se suma parcialmente el Ministerio Fiscal, para quien el interno no recibió respuesta fundamentada alguna frente a concretas pretensiones deducidas ante el órgano judicial, quebrándose así su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española). Por el contrario, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso de amparo por considerar que tanto la actuación de la Administración penitenciaria como las resoluciones judiciales impugnadas son ajustadas a Derecho.

Con carácter previo debemos acotar el objeto del presente proceso de amparo, puesto que ni todas las quejas que se suscitaron en la vía judicial han tenido reflejo en la demanda de amparo ni todas las que se nos plantean en ésta fueron debidamente invocadas en la vía judicial. En este sentido, debemos recordar que el requisito previsto en el artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incluye una doble exigencia: la invocación formal del derecho constitucional vulnerado y la exigencia temporal de que esa invocación se produzca «tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello». Esta doble exigencia, de forma y tiempo, implica que la inobservancia del requisito puede producirse bien de manera radical, cuando no se ha invocado el derecho constitucional ante los órganos de la jurisdicción ordinaria; bien cuando, aun invocada la violación, esa invocación hubiera sido tardía por no realizada «tan pronto como hubiera sido conocida» y hubiere lugar a ello. Consecuentemente, hemos apreciado que la falta de invocación de una lesión en el recurso de alzada frente al correspondiente acuerdo sancionador presentado ante el Juzgado de Vigilancia convierte en intempestiva su posterior invocación en el recurso de reforma interpuesto contra el Auto desestimatorio del recurso de alzada (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2007, de 15 de enero, F. 3). Por tal razón, en el presente caso han de quedar fuera de nuestro examen las supuestas vulneraciones de las libertades

ideológica y de expresión (artículos 16.1 y 20.1.a de la Constitución Española) y del principio de legalidad (artículo 25.1 de la Constitución Española) que se atribuyen a los Acuerdos sancionadores.

Una vez delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, debemos recordar que, como consecuencia de que en los recursos de amparo mixtos la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo, hemos destacado el carácter autónomo y preferente que en tales procesos ofrece la pretensión deducida por el cauce del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2008, de 21 de enero, F. 3), lo que debe llevarnos ahora a comenzar con el examen de la quejas referidas a la actuación administrativa.

Así, en relación con la tramitación del expediente disciplinario, se aduce, en primer lugar, que la Administración penitenciaria vulneró el artículo 24.2 de la Constitución Española como consecuencia de haberse le denegado al recurrente el acceso al material probatorio de cargo consistente en el parte de incidencias que motivó la actuación administrativa disciplinaria. Ciertamente, este Tribunal ya ha reiterado que, desde la perspectiva del derecho de defensa, debe posibilitarse contradecir no sólo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la Administración penitenciaria, por lo que cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el conocimiento de la misma por el interno constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión ( Sentencias del Tribunal Constitucional 297/1993, de 18 de octubre, F. 4; y 55/2006, de 27 de febrero, F. 4).

Ahora bien, en el presente caso, como en otros similares (así, Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2007, de 27 de marzo, F. 5) se constata que el contenido de los partes que dieron lugar a la incoación de los expedientes fue incorporado en sus propios términos a los pliegos de cargos, por lo que ninguna indefensión se ha deparado al recurrente porque no se le diese copia de dichos documentos; y en cuanto al oficio del Jefe de Servicios por el que se elevan los partes de incidencias al Director del Centro Penitenciario, constituye una mera diligencia de tramitación procedimental cuya falta de comunicación al recurrente carece asimismo, como es obvio, de relevancia alguna para articular la defensa frente a los

cargos imputados (en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2006, de 27 de febrero, F. 4).

Una segunda queja dirigida contra la actuación administrativa es la referida a la denegación de las pruebas cuya práctica solicitó el demandante, lo que, a su juicio, ha supuesto también la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española.

En relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios, hemos afirmado que «es inexcusable que frente a un determinado pliego de cargos el interno pueda articular su defensa negando los hechos que han de servir de base a la sanción, o dándoles una distinta versión, y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonablemente el por qué de su rechazo» y que el derecho a la prueba resultará vulnerado siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución. Ahora bien, recae sobre el recurrente en amparo la carga de acreditar, tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2007, de 10 de septiembre, F. 2).

En el presente caso, durante la tramitación de los expedientes sancionadores el interno solicitó que se incorporase la Orden de la Dirección del Centro reguladora del régimen de vida en celda de aislamiento, la documentación justificativa de ciertos estudios académicos y determinadas resoluciones recaídas en anteriores expedientes disciplinarios. También pidió conocer los números de identificación del funcionario que libró el parte y del Jefe de Servicios; que se incorporasen los soportes de grabación del sistema de video-vigilancia; que se tomase declaración al Director, Subdirectores, encargados y funcionarios que prestaban servicio

en el módulo de régimen especial y, por último, que se realizase un careo con el funcionario que emitió el parte de incidencias.

El Instructor de los expedientes denegó la solicitud referida a la identificación tanto del funcionario que libró el parte que dio lugar a la incoación del expediente, como del Jefe de Servicios que elevó dicho parte al Director del Centro, por estimarla innecesaria para la evaluación de los hechos a que se refiere el expediente y para preservar la seguridad de los funcionarios y del Centro, al estar encuadrado el recurrente en la categoría FIES 3 por su condición de miembro de una banda armada. La incorporación de la grabación del sistema de video-vigilancia fue denegada en atención a que su aportación no desvirtuaría la resolución final del expediente ya que los hechos fueron dados a conocer por el funcionario que suscribió el parte y ratificados posteriormente por el Jefe de Servicios, cuyas manifestaciones gozan de presunción de veracidad, sin que el soporte de video-vigilancia aportase nada a los hechos relatados en su día por el funcionario. Por último, estimó improcedente tanto el careo como las declaraciones del Director, Subdirectores, encargados y los funcionarios que prestaban servicio en el módulo de régimen especial, puesto que el parte de incidencias era suficientemente claro, sin que existiera motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario que lo formuló.

Pues bien, el recurrente no ha cumplido la carga de argumentar de modo convincente en su demanda de amparo que la resolución final del asunto pudiera haberle sido favorable de haberse admitido y practicado las pruebas en cuestión, ni tal conclusión se desprende del examen de las actuaciones. Al contrario, al versar la disputa sobre cuestiones de naturaleza jurídica, las pruebas propuestas no resultaban relevantes ni pertinentes para la resolución del expediente. En efecto, hemos de considerar que la discrepancia del demandante no afecta a la realidad de los hechos imputados -la negativa a salir al patio general del módulo durante las horas asignadas a tal efecto- sino a la justificación de su comportamiento, pues, por más que incidentalmente llegue a aducir en el escrito de demanda que también pretendía demostrar la falsedad de los hechos imputados, lo cierto es que el examen de la demanda en su conjunto y el de las actuaciones administrativas y judiciales no respalda tal afirmación. Así pues, partiendo de que el objeto propio de toda actividad probatoria lo constituyen los datos fácticos que integran el contenido de las alegaciones, es preciso concluir que la denegación, por el Instructor de los expedientes, de las pue-

bas solicitadas por el recurrente, en ningún caso decisivas en términos de defensa, no vulneró el derecho de éste a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española), por lo que esta queja ha de ser rechazada.

En relación también con la actuación administrativa, se aduce, por último, que los Acuerdos impugnados han vulnerado el derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) como consecuencia de haber sido tratado el recurrente de forma discriminatoria respecto de aquellos internos que han dispuesto libremente de las horas de patio, tal y como se acredita con resoluciones judiciales que aprecian la inexistencia de ilícito administrativo en este tipo de hechos; añadiendo que, con el fin de patentizar tal lesión del artículo 14 de la Constitución Española, propuso infructuosamente varias declaraciones testificales de funcionarios del Centro y el careo con quien suscribió el parte de incidencias.

Pues bien, para que pudiese prosperar la queja sustentada en la infracción del artículo 14 de la Constitución Española debió aportarse un término de comparación suficiente y adecuado que permitiese constatar que, ante una situación de hecho igual, la Administración penitenciaria ha dispensado al recurrente un trato diferente sin justificación objetiva y razonable. Pero lo cierto es que, en realidad, el trato discriminatorio que se denuncia no sería en ningún caso imputable a la Administración, pues el propio recurrente argumenta su pretensión señalando resoluciones judiciales cuya existencia misma pone de manifiesto que en tales casos los interesados fueron igualmente sancionados por el Centro penitenciario, razón por la que acudieron a la vía judicial impugnando la imposición de las correspondientes sanciones. Por tanto, lo que realmente se reprocha es que en el presente caso la Administración penitenciaria no aplicó el criterio seguido en ciertas resoluciones dictadas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria núms. 1 y 4 de Andalucía, núm. 3 de Madrid y núm. 1 de Galicia; pero este resultado es constitucionalmente irrelevante en la medida en que las sanciones impuestas al recurrente fueron confirmadas por el órgano judicial competente para examinar su legalidad, que no era ninguno de los que dictaron las resoluciones a que alude el demandante de amparo, sino el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Precisamente y en íntima conexión con la anterior alegación, la primera de las quejas planteadas por la vía del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contra los Autos dictados por el Juzgado

Central de Vigilancia Penitenciaria es la referida a la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la Constitución Española), poniendo de manifiesto el recurrente la existencia de las resoluciones dictadas por los antes mencionados Juzgados que han rechazado el carácter sancionable de los hechos objeto de examen.

Sin embargo, para que pueda ser apreciada una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la Constitución Española) este Tribunal ha exigido la concurrencia de una serie de requisitos, el primero de los cuales es la existencia de un término de comparación válido, dado que el juicio de igualdad sólo puede realizarse comparando la resolución judicial que se impugna y el precedente del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales (Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1997, de 22 de abril, F. 2; 186/2000, de 10 de julio, F. 11; 37/2001, de 12 de febrero, F. 3 y 111/2001, de 7 de mayo, F. 2). En el presente caso las resoluciones señaladas como *tertium comparationis* corresponden a órganos judiciales (Juzgados de Vigilancia Penitenciaria núms. 1 y 4 de Andalucía, núm. 3 de Madrid y núm. 1 de Galicia) distintos de aquel que dictó las resoluciones impugnadas en amparo, por lo que estamos ante un supuesto de divergencia de criterio de órganos judiciales distintos, fruto de la libertad de apreciación en el ejercicio de su función juzgadora (artículo 117.3 de la Constitución Española) y consecuencia de una diferente ponderación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio, F. 2; 46/1996, de 25 de marzo, F. 5; y 96/2009, de 20 de abril, F. 2).

En relación con la denuncia de vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española -al igual que hicimos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2008, de 7 de julio, resolviendo otro recurso de amparo interpuesto por el mismo interno- nuestro enjuiciamiento debe partir de la reiterada doctrina constitucional sobre el reconocimiento de este derecho fundamental, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial motivada y congruente, en el concreto ámbito del procedimiento sancionador penitenciario, doctrina que se sintetiza en la Sentencia del Tribunal Constitucional 268/2006, de 11 de septiembre (FF. 2 y 3) y que en lo que ahora interesa implica que cuando el interno acude al Juez de Vigilancia Penitenciaria e impugna una sanción impuesta por la Administración penitenciaria, ejerce su derecho «ex» artículo 24.1 de la Constitución Española a promover la actividad jurisdiccional, que ha de

ser satisfecho mediante la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que, ciertamente, no tiene que ser favorable, pero sí congruente con lo pedido. Más aún, la exigencia de la necesaria respuesta a cuantas pretensiones se formulen en este ámbito cobra particular intensidad cuando estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, ya que hemos declarado en distintas ocasiones que todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental requiere una respuesta expresa.

En el presente caso el examen de las actuaciones pone de manifiesto que el interno, en su recurso de alzada ante el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, denunciaba la indebida denegación de ciertas pruebas, que no se le hubiera permitido mantener comunicación no intervenida con sus Abogados y que los Acuerdos sancionadores se hubieran apartado del criterio establecido en resoluciones precedentes de otros Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Sin embargo, el Auto el 4 de junio de 2004 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria ciñó su objeto al enjuiciamiento de la correcta tipificación de los hechos.

Tras ello, el demandante de amparo interpuso contra el anterior Auto recurso de reforma, en el que comienza exponiendo que en el curso de la actuación administrativa fue vulnerado su derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española), al negársele el asesoramiento jurídico solicitado y el acceso al material probatorio de cargo; así como el derecho a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución Española), al no haberse llevado a cabo las pruebas que solicitó en la vía disciplinaria y cuya práctica reiteró al órgano judicial; denunciaba igualmente la infracción de los principios de legalidad y tipicidad, rechazando la subsunción de los hechos en el artículo 108 a) del Reglamento penitenciario; y se quejaba de que hubiese formado parte de la Comisión Disciplinaria el Jefe de Servicios que dio traslado al Director del parte de incidencias; también de que en las propuestas de resolución no se contenía un relato de hechos probados; y que en los Acuerdos sancionadores se omitiese toda referencia a las pruebas denegadas por el Instructor. En relación con el propio Auto recurrido en reforma, se alegaba su insuficiente motivación, al dejar sin resolver las cuestiones planteadas en el recurso de alzada. Por último, alegaba la vulneración de la libertad de expresión.

Pues bien, el recurso fue desestimado por Auto de 1 de septiembre de 2004 en consideración, exclusivamente, a que «las alegaciones contenidas

en el escrito del recurrente no aportan hechos, razones o argumentos distintos a los ya expuestos en el recurso de alzada sino que contienen una interpretación subjetiva y diferente de los hechos o la valoración jurídica que se hacen en el auto recurrido, por lo que procede su desestimación».

De lo expuesto se deriva que las resoluciones impugnadas se ciñen a la calificación jurídica de los hechos, sin que, ni de forma implícita ni explícita, se encuentre alusión alguna a otras cuestiones planteadas por el recurrente. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es tanto más relevante cuanto que algunos de los motivos del recurso de alzada tenían por objeto la supuesta vulneración de derechos fundamentales del interno: en particular, del derecho de defensa, al que hemos vinculado la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador (así, Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1995, de 3 de octubre, F. 4) y de acceder al material probatorio de cargo (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2006, de 27 de febrero, F. 4); igualmente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (cuya aplicabilidad «ex» artículo 24.2 de la Constitución Española a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario hemos reiterado, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/2001, de 29 de enero, F. 8; y 128/2003, de 30 de junio, F. 4); y, también, del derecho de igualdad.

Llegados a este punto debemos fijar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el alcance de nuestra Sentencia, atendiendo a la peculiaridad que concurre en los amparos de naturaleza mixta. Según ha quedado expuesto, hemos rechazado los reproches dirigidos contra el acto administrativo. Por el contrario, hemos apreciado que en el proceso judicial subsiguiente se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial congruente con las pretensiones deducidas en el propio proceso.

Pues bien, tenemos reiterado que cuando la lesión apreciada tenga carácter procesal -por referirse a alguna de las vertientes o dimensiones del artículo 24.1 de la Constitución Española- este Tribunal podrá dotar a su pronunciamiento de un alcance meramente declarativo siempre que resulte improcedente la retroacción de las actuaciones como consecuencia de que la Sentencia constitucional haya descartado la inconstitucionalidad del acto administrativo (Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2008, de 21 de enero, F. 6). Así ocurre en el presente caso, pues aun cuando el



Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria no dio adecuada respuesta a determinadas cuestiones suscitadas por el recurrente, y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es tanto más relevante cuanto que algunos de los motivos de su recurso de alzada tenían por objeto la supuesta vulneración de derechos fundamentales, lo cierto es que, una vez que ya hemos dispensado nuestro juicio de constitucionalidad en relación con las cuestiones que nos han sido planteadas respecto de la actuación administrativa -por más que el órgano judicial hubiera incurrido en incongruencia omisiva respecto de las mismas- resultaría improcedente, por innecesario, que acordásemos la retroacción de las actuaciones, puesto que el órgano judicial no podría resolver ya de un modo distinto a como lo hemos hecho en la presente resolución, como consecuencia del valor de cosa juzgada de nuestras Sentencias (artículo 164.1 de la Constitución Española).

Por consiguiente, el amparo consistirá en el reconocimiento al recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva, la anulación de los Autos impugnados -aunque sin ordenar la retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse el primero de ellos- y mantener la validez de los Acuerdos administrativos sancionadores.

Fallo

El Tribunal Constitucional,

Ha decidido

- Estimar parcialmente la demanda de amparo presentada por don J. L. A. S. C. y, en su virtud:

Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

- Declarar la nulidad, sin retroacción de actuaciones, de los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional de 4 de junio y 1 de septiembre de 2004, manteniendo la validez de los Acuerdos de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Algeciras de 16 y 22 de enero de 2004 recaídos en los expedientes disciplinarios núms. 1221-2003, 1236-2003, 1250-2003 y 1258-12003.
- Desestimar la demanda en todo lo demás.

## **MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN**

### **103.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 13/11/09**

#### **Calificación 109 b y no 108 al “negarse a salir de celda”.**

El interno reseñado interpuso recurso de alzada contra la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del centro penitenciario que consta en el encabezamiento por la comisión de una falta del artículo 108-A del Reglamento Penitenciario por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Remitido el expediente disciplinario por la dirección del centro conforme al artículo 249 del Reglamento Penitenciario se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

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 es correcta la decisión del instructor en cuanto asesoramiento solicitado y tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

A la vista de la globalidad del expediente se consideran probados los siguientes hechos:

- Los días 7 y 8 de julio de 2009 el interno I.M. se negó a salir de la celda.

De lo expuesto se deduce que los hechos no pueden calificarse con la gravedad con la que se pretende en el Acuerdo Sancionador, por tanto

debe rechazarse pues, la calificación jurídica llevada a cabo por el órgano sancionador, y estimar más ajustada a Derecho la prevista en el artículo 109-B, a la que corresponde una sanción de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Se estima en parte el recurso interpuesto por el interno I.M.M.del Centro Penitenciario de correspondiente contra acuerdo sancionador adoptado en expediente disciplinario 00457/2009, anulando la calificación del acuerdo sancionador y sanción impuesta, y en su lugar se declara que los hechos constituyen la falta grave, indicada en el artículo 109-B del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, que debe ser sancionada con 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

En el caso de que se trate de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a fin de no agravar la situación del interno, y si éste lo solicitara, procederá a los meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

#### **104.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 24/02/09**

**Calificación 109 a y no 108 b por la menor entidad de los hechos, lo genérico de las expresiones y el estado del interno.**

Por acuerdo de fecha 7 de enero de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno M.F.M. la sanción de aislamiento en celda por tiempo de diez días, 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.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, pre-

sunción 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 en parte el hecho, tratándolo de justificar en parte por sus padecimientos, ha quedado plenamente acreditado que el día 15 de Diciembre ultimo, el interno protagonizó en estado de alteración psíquica los hechos que constan en el acuerdo sancionador, hechos que deben ser calificados correctamente en el apartado A del artículo 109 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta grave, teniendo en cuenta la menor entidad de los hechos, lo genérico de las expresiones vertidas y el estado del interno, y sancionables con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo diez 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 M.F.M., en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de una falta grave del artículo 109-A, sancionable con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de diez días.

(Hechos: El día 15 de diciembre sobre las 13'40 h., en las proximidades de la ventana del Economato, increpa Vd. a los demás internos del Departamento en los siguientes términos: “en este patio hay muchas perras mariconas; no hay quien tenga cojones a meterse conmigo y se me va a respetar” El funcionario de servicio le llama al orden y parece restablecerse la situación.

Sobre las 17'20h., y en la sala de tv. profiere Vd. grandes voces amenazando a los internos del Departamento. como por la mañana y añadiendo: “no me va a temblar la mano, voy a dejar a alguien con más agujeros que un colador de café”. Ello provoca que algunos internos salgan de la sala de TV al no querer problemas.

Ante estas situaciones de clara alteración del orden regimental, se le aplica el artículo 72.)

**105.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 18/05/09**

**Calificación 110 f y no 109 b, “tia buena” no es un insulto.**

Por acuerdo de fecha 17 de marzo de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno A.V.M. la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de quince 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.

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, 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 13 de febrero ultimo, el interno protagonizó los hechos que constan en el Acuerdo sancionador, alterando levemente la vida regimental, 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 simplemente la vida regimental, no constando expresión concreta distinta a “tía buena”, que no se puede calificar como de Insulto grave, 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 A.V.M., 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.

**106.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 14/08/09**

**Calificación 109-i y no 109-a, “la ingesta de cuchillas”.**

Por acuerdo de fecha 5 de junio de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno J.C.G.F.H., la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de treinta días, como autor de una falta grave del artículo 109-a del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente expedientes 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 dísete 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 los hechos, intentando justificarles con el hecho de querer salir del patio, ha quedado plenamente acreditado que el día 10 de mayo último, sobre las 19'30 horas, el interno tuvo que ser trasladado al Hospital, como consecuencia de la ingesta voluntaria de unas cuchillas de afeitar y unas pilas, hechos correctamente calificados en el apartado I del artículo 109 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta grave, y sancionables con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de treinta días, al amparo de lo previsto en el artículo 233.2 del Reglamento Penitenciario del 96, al ser el interno sabedor que con su conducta iba a menoscabar la buena marcha regimental del Centro, obligando a su traslado al Hospital.

Dispongo: Estimar en parte el recurso interpuesto por el interno J.C.G.F.H., calificando los hechos como constitutivos de una falta grave del artículo 109-I, sancionables con la privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de treinta días.

**107.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 16/09/09**

**Calificación como falta leve (110 e) y no grave (109 b) la posesión de mayor número de pastillas que las prescritas.**

Por acuerdo de fecha 24 de abril de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno Jesús J.M.V.S. la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de quince días, como autor de una falta grave del artículo 109.B del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción la citada interna 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 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, a la vista de las pruebas practicadas, las declaraciones funcionariales, la documental aportada y las alegaciones del interno, que reconoce los hechos, tratando de justificarlos alegando que lo hacía para poderse medicar por la noche, ha quedado plenamente acreditado que el día 11 de abril último el interno estaba en posesión de un mayor número de pastillas de las prescritas para él por el médico para dicho día, hechos que deben ser calificados en el apartado e) del artículo 110 del Reglamento Penitenciario del 81, constitutivos como de una falta leve, dado que el interno tenía autorización para poseer la medicación, no siendo en realidad objetos prohibidos, aunque sí incumplió con su obligación de no acumular dosis, hecho que conocía, 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 J.M.V.S., 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.

#### **108.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 21/09/09**

**Calificación como falta leve y no grave (109 a). Hechos constitutivos de desconsideración leve sin una amenaza expresa.**

Por acuerdo de fecha 5 de junio de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno J.M.S.N.L. 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.

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 reconoce los hechos, ha quedado plenamente acreditado que el día 25 de abril último protagonizó 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, sin una amenaza expresa, pero si una desconsideración que se debe de calificar como leve hacia el funcionario, 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 J.M.S.N.L., 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.

(Hechos: El día 25 de abril sobre las 19'10h., al acabar la comunicación vis a vis familiar, al conminar su madre para la entrega de una máquina eléctrica de afeitar que al parecer tiene retenida, se dirige Vd. a los Funcionarios y en tono elevado para que lo oiga su madre dice: “no me hacen ni caso... y el Subdirector es un tío que no tiene palabra”. Ya anteriormente, y ante el deseo de su madre de entregarle unos paquetes de tabaco y encontrarse con la negativa de los Funcionarios al ser producto de venta en el Economato, Vd, dice: “aquí hacen lo que quieren, por que yo he pasado tabaco de la calle al regresar de las salidas programadas y en Herrera. Las normas son para todos los Centros iguales menos para este Centro”. Al pedirle que cese en su actitud, Vd. responde: “me da todo lo mismo y digo y hago lo que me da la gana; pueden hacer lo que quieran, que yo escribiré a quien corresponda”)

## **CORRECTA CALIFICACIÓN**

### **109.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/11/09**

#### **Correcta calificación de la sanción, 109 b. Rebaja la sanción.**

El interno reseñado interpuso recurso de alzada contra la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del centro penitenciario que consta en el encabezamiento por la comisión de una falta del artículo 109-B

del Reglamento Penitenciario por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Remitido el expediente disciplinario por la dirección del centro conforme al artículo 24-9 del Reglamento Penitenciario se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

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 es correcta la decisión del instructor en cuanto asesoramiento solicitado y tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

A la vista de la globalidad del expediente se consideran probados los siguientes hechos:

- El día 09-07-09, el interno I.M.M. se negó repetidamente a entrar en la celda, debiendo personarse el Jefe de Servicios, momento en que se dejó caer al suelo y los funcionarios debieron sujetarle por los brazos y obligarle a entrar en la celda.

Que de la detenida lectura del expediente se deduce que los hechos se desarrollaron en la forma descrita en el Acuerdo Sancionador, por lo que es ajustada a Derecho la calificación jurídica realizada por el órgano sancionador. No obstante, ponderando todas las circunstancias que concurren, procede, manteniendo aquella calificación, moderar la sanción, imponiendo la de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Se estima parcialmente el recurso interpuesto por el interno I.M.M. contra el acuerdo sancionador de fecha 05-08-09 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario correspondiente al que se impondrá la sanción de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes, por hallarle autor de la falta grave del artículo 109-B del Reglamento Penitenciario.

En el caso de que se trate de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a fin de no agravar la situación del interno, y si éste lo solicitara, procederá a los meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

### **110.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 04/11/09**

#### **Estima parcialmente recurso rebajando la sanción impuesta.**

El interno I.M.M. interpuso recurso de alzada contra la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del centro penitenciario que consta en el encabezamiento por la comisión de una falta del artículo 109 B del Reglamento Penitenciario por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Remitido el expediente disciplinario por la dirección del centro conforme al artículo 24.9 del Reglamento Penitenciario se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

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 es correcta la decisión del instructor en cuanto asesoramiento solicitado y tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

A la vista de la globalidad del expediente se consideran probados los siguientes hechos:

- El día 6-6-09 el interno I.M.M. se negó a entrar en la celda, debiendo personarse el Jefe de Servicios, momento en que los funcionarios actuantes se vieron obligados a introducir al interno en la celda usando la fuerza mínima imprescindible.

Que de la detenida lectura del expediente se deduce que los hechos se desarrollaron en la forma descrita en el Acuerdo Sancionador, por lo que es ajustada a Derecho la calificación jurídica realizada por el órgano sancionador. No obstante, ponderando todas las circunstancias que concurren, procede, manteniendo aquella calificación, moderar la sanción, imponiendo la de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Se estima parcialmente el recurso interpuesto por el interno I.M.M. contra el acuerdo sancionador de fecha 24-6-09 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario correspondiente al que se impondrá la sanción de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes, por hallarle autor de la falta grave del artículo 109-B del Reglamento Penitenciario.

En el caso de que se trate de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a fin de no agravar la situación del interno, y si éste lo solicitara, procederá a los meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

## **INEXISTENCIA DE FALTA**

### **111.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 05/05/09**

**Revoca la sanción por falta 108-e. Inexistencia de falta. “No reingreso al centro tras permiso estando evadido más de seis meses”.**

Por acuerdo de fecha 24 de marzo de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno P.M.M. la sanción de siete fines de semana de aislamiento, como autor de una falta muy grave del artículo 108.E 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 el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, ya que el hecho de que saliera de permiso y estuviera evadido más de seis meses, lo que puede ser constitutivo de un delito, rebasa el ámbito puramente disciplinario, pudiendo ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena, por lo que se entiende que, en su caso, el no reincorporarse al Centro, en el presente supuesto, no puede ser considerado como una evasión, que se debe de entender como una actividad trasgresora de dentro a afuera, no el hecho de dejar de reintegrarse en el plazo marcado, y/o una desobediencia al exceder en exceso el tiempo máximo, debiendo de ser tenido en cuenta, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, para la concesión

o no de nuevos permisos, clasificación, etc., por todo lo cual procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 24 de Marzo pasado.

Dispongo: Estimar el recurso interpuesto por el interno P.M.M., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 24 de marzo pasado.

## **112.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALLADOLID DE FECHA 05/05/09**

**Deja sin efecto la sanción por falta 109 h al estimar que “una carta carece de proyección de difusión”.**

La Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Segovia acordó el pasado 10/03/09, en el Expediente Disciplinario n° 112/2009/400.2-, seguido contra el interno de dicho establecimiento A.R. D. sancionar al mismo con 25 más 25 días de privación de paseos y actos recreativos comunes como autor de dos faltas graves del artículo 109 A y 109 H del Reglamento Penitenciario consistente en el sentido que obra en el expediente.

El escrito del Interno contiene reproches contra el personal del centro que cabe entender calumnioso, atribuyendo comportamientos tales como retener la correspondencia de los internos y proferir expresiones vejatorias, hechos estos que encajan en la falta del artículo 109-a. Ahora bien, el medio empleado, una carta dirigida a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias no puede decirse que tenga la proyección de difusión que implica la falta del artículo 109-H.

Estimo parcialmente el recurso, dejando sin efecto la sanción impuesta al amparo del artículo 109-H.

## **DEJA SIN EFECTO LA SANCIÓN**

### **113.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CASTELLÓN DE FECHA 20/10/09**

**Deja sin efecto la sanción por falta de prueba del conocimiento de la prohibición.**

En el expediente disciplinario N° 554/2009/1202 tramitado en el Centro Penitenciario de Castellón II ha recaído acuerdo sancionador de fecha 12/08/2009 adoptado por la Comisión Disciplinaria, por el que se impone al interno E. G. C., una sanción consistente en 10 días de privación de paseos y actos recreativos comunes comprendida en el artículo 111-E) del vigente Reglamento Penitenciario, al considerarle autor de una falta prevista y tipificada en el artículo 109-B) del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y reformado por Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo.

#### **Hechos**

Los hechos imputados al interno y objeto del expediente disciplinario: “el día 12-6-09 a las 18 h. en el módulo 2 se observa que en su ceda (n° 58) cuelgan en la ventana varias prendas de ropa y zapatillas a pesar del conocimiento de su prohibición” se estima que no han sido correctamente calificados habida cuenta que no existe en el expediente obrante en este Juzgado prueba alguna que permita concluir que el interno tenía conocimiento de la prohibición existente en colgar ropa en las ventanas y que, en consecuencia, al realizar dicha acción estaba incumpliendo las normas del centro, lo que hubiera sido posible acreditar aportando las normas de régimen interior en la que apareciera dicha prohibición procediendo en consecuencia estimar el recurso interpuesto dejando sin efecto la sanción impuesta por el Acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria de fecha 14 de julio de 2009 del Centro Penitenciario de Castellón II.

Se estima el recurso interpuesto por el interno E.G.G. contra el acuerdo sancionador arriba indicado, dejando sin efecto la sanción impuesta.

**114.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 22/10/09**

**Dejar sin efecto la sanción por falta 108-c al apreciarse estado de “anormalidad psíquica” por intoxicación.**

Por acuerdo de fecha 28 de agosto de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno D.G.C. la sanción de aislamiento en celda por tiempo de seis días, como autor de una falta muy grave del artículo 108.C 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.

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 el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, dado que, teniendo en cuenta que en la documental se hace constar que fue reconocido por el médico con posterioridad a los hechos, constatándose una gran ingesta de pastillas, y apreciándose un estado de anormalidad psíquica, lo que queda igualmente apuntado en el parte funcional, donde se habla de una “posible intoxicación, parece claro que el interno tenía alterada su conciencia y voluntad, lo que se debe valorar adecuadamente en supuestos como en el actual en los cuales la voluntad y la intención son determinantes no solo en los hechos en si sino en la gravedad de las expresiones, no queda probado que en el mismo existiera un ánimo indubitado calumniar, de injuriar de ame-



nazar o coaccionar, todo lo cual determina que, acreditado el hecho, no se entienda sancionable la conducta del interno en el presente supuesto, debiendo quedar sin efecto la sanción, declarando sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 28 de agosto pasado.

Estimar el recurso interpuesto por el interno D.G.C., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 28 de agosto de 2009.

### **115.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE TOLEDO DE FECHA 11/02/09**

**Deja sin efecto la sanción (109 F) por reconocimiento del compañero de celda, “la fruta fermentada era suya”.**

La Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Ocaña I acordó el pasado 21-01-09, en el Expediente Disciplinario nº 2/2009 seguido contra el interno de dicho establecimiento J.D.M.M. sancionar al mismo con 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes como autor de una falta grave del artículo 109-F del Reglamento Penitenciario.

Notificado dicho acuerdo sancionador al citado interno por el mismo se interpuso ante este Juzgado el correspondiente recurso por no estar de acuerdo con aquél y considerarlo lesivo a sus derechos. Todo ello en virtud de las alegaciones formuladas en su escrito de interposición de recurso que se dan por reproducidas.

Dado el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, se emitió dictamen en el sentido que obra en el expediente.

Por acuerdo de fecha 21-01-09 la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Ocaña I impuso al interno J.D.M.M. la sanción de 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes como autor de una falta grave del artículo 109-F 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 sustentar en 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 aquélla.

Tramitado y resuelto el expediente sancionador, a la vista de las pruebas practicadas, no puede estimarse al recurrente autor de los hechos que se le imputan, puesto que desde el primer momento su compañero de celda reconoció que la fruta fermentada encontrada en la celda era de su propiedad y que el recurrente no tenía “nada que ver”. El simple hecho de compartir celda no implica necesariamente que los dos internos sean responsables de lo que hay dentro de la misma, cuando, como en el presente caso, uno de ellos reconoce de forma clara e inequívoca que determinado o determinados objetos son de su propiedad y el Centro Penitenciario no aporta prueba alguna de la que se desprenda que el otro interno compartía esa propiedad. Así pues, por lo anteriormente expuesto, procede dejar sin efecto la sanción impuesta.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso.

Estimar íntegramente el recurso interpuesto por el interno J.D.M.M. contra el acuerdo sancionador al que se refiere el primero de los hechos de esta resolución y, en consecuencia, dejar sin efecto la sanción impuesta al mismo.

#### **116.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 14/08/09**

**Revoca la sanción al no probarse “el animus” y existir duda razonable.**

Por acuerdo de fecha 5 de junio de 2009, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Alcázar de San Juan, impuso al interno R.O.E. la

sanción de privación de paseos y actos recreativos por tiempo de quince días, como autor de una falta grave del artículo 109-E del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria debe de sustentarse sobre los principios de legalidad, 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 el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, dado que, teniendo en cuenta que en principio el “animus” del interno no fue romper nada, lo que se debe valorar adecuadamente en supuestos como en el actual en los cuales la voluntad y la intención son determinantes, dado que el precepto presuntamente infringido habla claramente de un elemento intencional o la concurrencia de una negligencia temeraria, entendiéndose que por los datos aportados no queda probado que el interno voluntariamente se encaramara a la ventana con la intención de romperla ni que dicha rotura se produjera por una imprudencia temeraria del mismo, sin tener constancia del estado real de la ventana, lo que queda acreditado por las propias lesiones sufridas por el interno, existiendo en todo caso una duda razonable que, necesariamente ha de ser resuelta a su favor, todo lo cual determina que no se entienda sancionable la conducta del interno en el presente supuesto, debiendo quedar sin efecto la sanción, declarando sin efecto el acuerdo sancionador de junio pasado.

Dispongo: Estimar el recurso interpuesto por el interno R.O.E., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 5 de Junio pasado.

## OTROS

### 117.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALLADOLID DE FECHA 14/12/09

**No ha lugar a la suspensión de plazo al no ser preceptiva la intervención de Letrado.**

La Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Segovia acordó el pasado 17/11/2009, en Expediente Disciplinario nº 495/02.2 seguido contra el interno de dicho establecimiento A.I.L.P. sancionar al mismo con 5 días de aislamiento en celda y 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes como autor de dos faltas graves la primera del artículo 109 A) y la segunda del artículo 109 B) del Reglamento Penitenciario, consistente en que “el día 17/10/09 a las 8.45 horas Vd. fuerza la puerta de su celda para impedir el cierre. Se le ordena en reiteradas ocasiones que deje de forzar la puerta a lo que Vd. hace caso omiso. Seguidamente Vd. se dirige a la puerta de la cancela dando patadas y golpes a la vez que grita: “Abrir la puerta de una puta vez, me estáis tocando los cojones desde por la mañana”. Se le requiere para que explique su actitud respondiendo: “Yo no tengo que estar encerrado en ningún lado, si no me da tiempo a hacer mis cosas sujeto la puerta y punto”. Al decirle que su actitud es motivo de parte. Vd. responde: “Dios que malo eres, vienes desde por la mañana con el veneno en la sangre”. Posteriormente entra en la sala de estar dando voces y dirigiéndose al resto de internos con la intención de ser apoyado en su actitud con frases como: “No te jode, me van a decir que no puedo golpear la puerta y ellos cierran cuando les sale de los cojones, vamos a entrar y salir cuando ellos quieran, no te jode, esto no deberíamos aguantarlo”.

Por el referido interno se solicitó Abogado de oficio y la suspensión del plazo para recurrir, mientras se da traslado del expediente para su defensa.

La intervención de Letrado en los procedimientos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria no es preceptiva, con lo cual no procede acordar suspensión alguna del plazo de interposición de recurso. Tal y como seña-

la la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1993, de 12 de julio, pues la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucional mente en los procesos judiciales y, además, no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran. Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2008, de 10 de marzo, insiste en que no puede estimarse vulnerado el derecho a la asistencia letrada por no haberse contado con asistencia letrada gratuita durante la tramitación del expediente disciplinario, ya que este derecho en los procedimientos de imposición de sanciones a los internos, tanto en fase ante la Administración penitenciaria como ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no implica la designación de Abogado del turno de oficio.

La designación hecha vulnera el artículo 6.3 de la Ley 1/1996.

Pero es más, el artículo 22 de la Ley 1/1996, establece claramente que la eventual suspensión se alza desde el momento en que se notifica al solicitante la designación, hecho este acontecido al menos el 17 de noviembre de 2009, sin que desde entonces se haya formalizado alegación

Dado que el interno manifestó al tiempo de recurrir su intención de recurrir, se entiende la misma como recurso, aunque no conste alegación alguna. Nada alega el interno en defensa de su pretensión revisoría. Por ello, no apreciándose desviación alguna, en el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Establecimiento, se desestima el recurso.

No ha lugar a acordar la suspensión del plazo de interposición del recurso. Desestimo el recurso formulado.

**118.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 30/01/09**

**No autoriza sanción de aislamiento superior a 14 días al revocar la sanción.**

En el expediente se solicita por el Centro Penitenciario la aprobación del cumplimiento de la sanción de aislamiento superior a 14 días impuesta en el expediente disciplinario N° 839/2.008-1401 tramitado en el Centro Penitenciario de Córdoba, en el que ha recaído acuerdo sancionador de fecha 11 de noviembre de 2008 adoptado por la Comisión Disciplinaria, por el que se impone al Interno J.J.S.J. una sanción consistente 14 días de aislamiento en celda y otra de 7 fines de semana de aislamiento al considerarlo autor de una falta muy grave prevista y tipificada en el apartado c) del artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo y otra también muy grave del apartado d) del artículo 109 del mismo texto.

Contra dicha resolución interpuso el interno recurso de alzada ante este Juzgado, remitiéndose el expediente disciplinario al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentido de que la sanción debe limitarse a la primera falta muy grave no teniendo los hechos identidad para la imputación añadida, todo ello en control de legalidad (aunque no haya recurso), debiendo así limitarse la sanción a 14 días de aislamiento.

La potestad sancionadora de la Administración, entre la que cabe incluir la potestad disciplinaria en materia penitenciaria, queda también sujeta a los principios inspiradores del Derecho penal. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en un proceso en el que se ha ido concretando el alcance de los principios limitativos del ius puniendi estatal, consagrados constitucionalmente, en la esfera de las infracciones y sanciones administrativas.

Así, se deducen de los artículos 24 y 25 de la Constitución española los principios de reserva de ley ordinaria para las infracciones y sanciones administrativas (Sentencia del Tribunal Constitucional 42/87, de 7 de abril), tipicidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 101/88, de 8 de junio), non bis in idem (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/81, de 30 de enero y 77/83, de 3 de octubre), irretroactividad (Sentencia del

Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1981), culpabilidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/84, de 6 de noviembre) y, proporcionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/82, de 15 de octubre), entre otros, máxime cuando en el presente caso la potestad sancionadora surge de una relación de sujeción especial o relación especial de poder, cual es la que vincula al interno con la Administración penitenciaria, como consecuencia de la incorporación del interno en esta organización de la que se derivan derechos y deberes específicos.

De esta manera, el régimen disciplinario queda conformado por las normas dictadas para mantener la convivencia pacífica en el centro penitenciario, cuya trasgresión formada por las infracciones disciplinarias, conlleva la aplicación de sanciones.

El mantenimiento del orden y la disciplina no constituyen, en sí mismos, valores dignos de protección, sino instrumentales a los efectos de salvaguardar los auténticos bienes que legitiman tal potestad sancionadora que son; la seguridad de los bienes jurídicos, de los internos, la organización de la vida comunitaria y los objetivos del tratamiento aplicados en el Establecimiento penitenciario tal y como indica la Recomendación número 33 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 sobre las reglas penitenciarias europeas, ejerciendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria esas funciones de vigilancia en la resolución de los recursos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico penitenciario.

Así, el artículo 76.2-e de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y los artículos 233 a 239 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario regulan que “El Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para: 2, e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los Internos sobre sanciones disciplinarias”.

Los hechos por los que ha sido sancionado el interno y objeto del expediente disciplinario, han sido calificados en el Acuerdo Sancionador emitido por el Centro Penitenciario de Córdoba como una falta del apartado c) del artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, que tipifica la misma como muy grave con el tenor de Agredir o hacer coacción grave a otros internos” y como otra falta del apartado d) del artículo 108 del Reglamento Penitenciario

aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, que tipifica la misma como muy grave con el tenor de “La resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones”, mientras que el Ministerio Fiscal tipifica los mismos como constitutivos de la falta muy grave del artículo 108 apartado c, entendiendo que la segunda de las faltas no ha quedado acreditada en el Expediente debiendo procederse a su revocación.

Examinado el supuesto fáctico que ha dado lugar al expediente objeto del presente recurso, resultan a juicio de la que provee y con el Ministerio Fiscal, que tan solo resulta probada la primera de las faltas aducidas relativa a la intervención del interno en la pelea con los también internos M. V. y J. P. pero no la resistencia activa de la segunda de las faltas imputadas al no recogerse en el propio acuerdo sancionador esa renuencia, oposición, obstáculo u obstrucción grave, firme y severa frente a las indicaciones de los funcionarios actuantes, quedando acreditada la primera de las faltas por la documental obrante en autos y de las declaraciones testimoniales de los funcionarios intervinientes.

Dispongo no aprobar el cumplimiento de sanción superior a 14 días ello al ratificar la sanción consistente en 14 días de aislamiento en celda al considerarlo autor de una falta muy grave prevista y tipificada en el apartado c) del artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo/pero al revocar la falta muy grave prevista y tipificada en el apartado d) del artículo 108 del mismo Reglamento Penitenciario.



# **CAPÍTULO 17**

## ***SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO***



## **119.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 1 DE FECHA 10/07/09**

**Estima la queja sobre registro en celda sin estar presente el interno. Vulneración de los derechos de defensa, contradicción e intimidad.**

El 27 de mayo de 2009 se recibió en este Juzgado un recurso de queja interpuesto por el interno del Centro Penitenciario Madrid III Valdemoro, don I. B. C., en el que manifiesta que su celda ha sido registrada sin cumplir las formalidades legales, al no estar presente durante su práctica.

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 dicha pena con arreglo a lo previsto en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, 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, debe manifestarse que se aprecia en su proceder y en relación al caso que nos ocupa muestras evidentes de irregularidad en su actuación, y ello en base a los siguientes argumentos:

1. Como bien ha tenido ocasión de exponer la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, Auto de 13 de abril de 1999, rec. 595/1998, “es cierto que en un edificio público como es la prisión -donde se cumplen penas privativas de libertad- es difícil hablar de la creación autónoma e independiente de ámbitos privados excluidos de la observación de los demás y de las Autoridades. En ese sentido establecer que la celda es el domicilio del preso sin más matices ni consideraciones es jurídicamente insostenible.

El sistema entero de la prisión descansa en normas de convivencia y seguridad que no son iguales que las de la vida en libertad y ello conlleva que la Ley Orgánica General Penitenciaria permita los registros, cacheos, requisas e intervenciones en unos términos que no serían en absoluto predicables de personas no privadas de libertad o de sus domicilios. No es preciso un esfuerzo singular para comprender que cualquier persona puede tener en su domicilio fármacos, alimentos, combustibles, sustancias inflamables, cuchillos, tijeras, herramientas o aperos que no pueden estar en una celda; y que a nadie pueden imponérsele las horas de obligada presencia o ausencia de su domicilio, el acceso de terceras personas al mismo o su prohibición en los términos en que puede hacerse con un interno respecto de su celda. Ahora bien si la celda no es el domicilio del preso es lo que más se aproxima a ello durante su estancia en prisión [...]” (Razonamiento Jurídico Primero).

2. Por otro lado, el artículo 71.1 del Reglamento General Penitenciario establece como principio general 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 y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas [...]”.

La utilización del término especialmente en el mencionado artículo, en modo alguno puede excluir los supuestos en que tales injerencias se produzcan no ya sobre la propia persona del preso, sino sobre su ámbito de intimidad, que en prisión está limitado fundamentalmente a su celda. Sólo en los casos en que una motivada razón de seguridad justificase la ausencia del interno durante el registro, podría entenderse que no se ha producido una efectiva desviación de poder. En estos casos y como bien señala la Audiencia Provincial de Madrid en su auto (Razonamiento jurídico segundo), “no puede decirse que la presencia del interno durante el registro de sus ropas o enseres (a lo que podría añadirse de su celda) sea algo absurdo o superfluo”.

3. No se olvide que si la ley y el reglamento (artículo 24 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; 55 y sgs. del Reglamento) buscan la participación del interno en las actividades del Establecimiento lo hacen para recordar que no es un ser prescindible, ni indiferente para

el mundo, y para constatar una vez más uno de los grandes principios de nuestra legislación penitenciaria: “la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad...” (artículo 3.3 del Reglamento Penitenciario).

Pues bien la presencia del interno durante un registro en su celda tiene por lo pronto tres ventajas respecto de su ausencia:

La primera que es la más acorde con su consideración de sujeto de derecho, y con que la vida en prisión toma como referencia la vida en libertad. Ciertamente la celda no es el domicilio, pero si es el reducto más íntimo al que tiene acceso el preso y la idea de celda se conecta a la idea de intimidad.

La segunda es que la presencia del preso es una garantía adicional a dicha intimidad. Puede ser necesario para buscar droga registrar el sobre donde se guardan las cartas pero no es necesario leerlas. Puede el preso entregar voluntariamente o señalar el lugar donde oculta el «pincho» que se busca y ahorrarse el desorden inherente a todo registro.

La tercera es que la tenencia de objetos prohibidos -en particular si se trata de armas o de drogas- es constitutiva de falta disciplinaria grave y puede acarrear sanciones como privación de permisos de salida, limitación de comunicaciones etc. y desde luego influir en una eventual resolución sobre progresión o regresión en el grado de clasificación. Permitir en estos supuestos ese mínimo de contradicción inicial que es la presencia durante el registro y la explicación sobre el objeto hallado parece una decisión más razonable que su contraria. Mas aún ha de buscarse la posibilidad de contradicción si la tenencia del objeto puede ser directamente constitutiva de delito [...] o en los casos en que directamente se busca la prueba de un delito preexistente (VGR, se busca el arma homicida, el instrumento que facilitó la fuga, la droga que enloqueció o mató a un preso), pues en estos casos bien está (y lo de bien, con dudas) que el registro no precise otra orden que la del director de la prisión, pero que se haga además sin garantías de fe pública y sin presencia del afectado es limitar las garantías más allá de lo razonable [...] Así pues si la presencia del interno favorece su intimidad, fomenta la posibilidad de contradicción en caso de imputación de falta disciplinaria o de delito y es más acorde con

la concepción del preso como miembro activo de la sociedad, y las desventajas de su presencia pueden subsanarse con tal de que se garantice su control, habrá de concluirse que la norma debe ser la presencia del interno en el registro de su celda y la excepción -motivada y por razones serias- su ausencia y ello muy particularmente cuando el registro tiende de modo directo o específico a la obtención de la prueba de un presunto delito. En este sentido debe estimarse la queja del interno y con ella el recurso (Razonamiento jurídico tercero).

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2006 de 27 marzo de 2006, en su fundamento jurídico sexto, dice que “desde esta perspectiva afecta al derecho a la intimidad, no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuales son los límites de su capacidad de administración de conocimiento. Esta afectación adicional debe quedar también justificada -en atención a las finalidades perseguidas por el registro o en atención a su inevitabilidad para el mismo- para no incurrir en un exceso en la restricción, en principio justificada, del derecho fundamental.
5. En el caso que analizamos, observamos que en modo ha quedado constatado que el interno estuviese presente en el registro. Esta afirmación encuentra su razón de ser en dos argumentos; en primer lugar, es el propio interno el que plantea su queja en atención a este supuesto. En segundo lugar, porque el subdirector de seguridad del centro, en su informe de tres de junio de dos mil nueve, tras exponer cual es el procedimiento que se sigue cuando se practica un registro en celda, afirma que “la presencia del interno durante la práctica de un cacheo y requisa de una celda se aconseja como conveniente pero no tiene carácter de obligatoria presencia para la práctica del mismo”. Esta afirmación, de la que se deduce un tácito reconocimiento de los hechos denunciados, permite suponer que aquéllos efectivamente acontecieron.
6. En el informe citado no ha quedado acreditada la razón por la que no se llamó al interno para que el mismo pudiera presenciar el registro. Es cierto que se relatan en su párrafo sexto algunos datos de tipo genérico referentes al modo de proceder en casos similares, pero en modo alguno se aplican éstos al caso controvertido. A mayor abundamiento, podemos afirmar que la ausencia del interno durante el

registro quebró el principio de proporcionalidad (cuya concurrencia resulta esencial para limitar cualquier derecho fundamenta) de esta medida, ya que los frutos que se pretendían obtener con su práctica no justifican la lesión del derecho a la intimidad de todo preso. Para cubrir esta contingencia, habría bastado con que se hubiera logrado la presencia de don I. B. C. durante la diligencia y de que éste hubiese sido suficientemente informado de la razón de ese registro.

7. Como bien expone la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, “En un contexto como el penitenciario, en el que la intimidad de los internos se ve necesariamente reducida por razones de organización y de seguridad, toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena (artículo 25.2 de la Constitución Española)” (Razonamiento jurídico sexto).
8. En el caso que nos ocupa, a pesar de que la actuación desarrollada por los funcionarios estaba justificada, ya que con ella se pretendía poner fin a las actividades de un grupo de internos dedicados a sustraer objetos de las celdas de sus compañeros de internamiento, también lo es que dicha actuación no fue respetuosa del derecho a la defensa, contradicción e intimidad por la que ésta debe conducirse. Cuando este principio no se observa, los obligados a velar por el recto cumplimiento de los principios penitenciarios incurren en abuso, desproporción e incorrección.

Que debía estimar la queja presentada por el interno I.B.C., al haber apreciado en la Administración Penitenciaria abuso de poder y desviación en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Asimismo, este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria insta a las referidas autoridades para que en el futuro cumplan las diligencias de registro en celda con escrupuloso respeto de lo aquí expuesto.

## 120.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 23/11/09

**Desestima la queja por falta de seguridad al haber sido agredido por otro interno.**

En este Juzgado se tramita expediente número 8310/09, en virtud de escrito remitido por el interno L.M.S.E., del Centro Penitenciario de Teixeira formulando una queja por falta de seguridad. Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

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, la queja no parece tener base como para estimar conculcados los derechos fundamentales o penitenciarios del/de la interno/a. El interno se queja de falta de seguridad al haber sido agredido por otro interno que al parecer contaba con un largo historial de agresiones. Ciertamente conforme al artículo 3-4º de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 4-2º del Reglamento penitenciario corresponde a la Administración Penitenciaria velar por la vida y la integridad física de los internos, y ese mandato general entraña adoptar las medidas regiminales y tratamentales precisas para evitar episodios como en el que se vio envuelto el interno quejoso que fue agredido por un compañero. Del informe del centro resulta que el agresor estaba clasificado en el mismo grado y compartiendo el mismo módulo que el agredido, y no consta que residiese en un módulo distinto al que le correspondía por su grado de clasificación. Que no existían previos indicios de que tuviesen algún problema (al parecer el altercado se produjo al discutir los internos sobre el uso de una tarjeta telefónica), no existió comunicación previa del interno quejoso que permitiese adoptar alguna medida preventiva, el funcionario de servicio intervino inmediatamente tras la agresión, se procedió a asistir en enfermería al agredido, con posterioridad al incidente se cambió de módu-



lo al agresor y posteriormente se ha acordado su traslado de centro, que está pendiente de materializarse, todo ello según el informe del centro. En definitiva sin perjuicio de que estos altercados se producen con cierta frecuencia en los centros penitenciarios, en este caso concreto y a efectos penitenciarios no puede estimarse que haya habido dejadez o negligencia por parte de la Administración penitenciaria, por lo que la queja se desestima sin perjuicio del derecho del interno a ejercitar su reclamación en vía contencioso administrativa.

En atención a todo lo expuesto, acuerdo: Desestimar la queja formulada por el interno L.M.S.E., al no haberse vulnerado los derechos fundamentales o los derechos y beneficios penitenciarios de dicho interno.

## **121.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 5 DE FECHA 14/10/09**

### **Desestima la queja sobre “recuentos nocturnos”.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno A.V.M. del Centro Penitenciario Madrid VII formulando queja sobre recuentos nocturnos.

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 previsto en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso y examinada la queja formulada por el interno A.V.M. sobre pretendida realización de recuentos nocturnos en el Centro Penitenciario Madrid VII, y a la vista de lo informado por el Director del referido Centro Penitenciario procede su desestimación, tal y como, además ha interesado el Ministerio Fiscal, pues, en contra de lo alegado, no se realizan recuentos en horario nocturno, sino exclusivamente las pertinentes rondas nocturnas de control y vigilancia, mediante rondas e ins-

pecciones visuales de pasillos interiores, patio interior y patios exteriores que comienzan a las 21:00 horas de la noche y se realizan con periodicidad hasta las 7:00 horas de la mañana.

Se trata, por tanto, de medidas de seguridad internas dirigidas a la observación de cualquier incidencia destacable en cuanto al orden y seguridad del Centro o en cuanto a la vida e integridad de los internos, y que se regulan en la Instrucción 6/06 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y por las normas de régimen interior de la Orden de Dirección 17/09, que expresamente establecen que tales rondas e inspecciones se efectuarán con el suficiente cuidado y discreción para no alterar el sueño nocturno de los internos.

Finalmente, y según se expresa en la citada normativa -conforme, además, con lo previsto en los artículos 64 y siguientes del Reglamento Penitenciario -durante la vigilancia nocturna no habrá recuentos ordinarios, aunque si recuentos extraordinarios si concurren concretas circunstancias que así lo exigen.

Se desestima la queja del interno A.V.M. del Centro Penitenciario Madrid VII, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

## **122.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 13/03/09**

### **Desestima queja sobre denegación de Play Station.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno M.I.I., del Centro Penitenciario Madrid V formulando queja sobre play station.

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 penitenciarlo puedan producirse.

En el presente caso, examinado el expediente y siguiendo los criterios de este Juzgado, debe señalarse que:

- 1.- La Administración penitenciaria tiene competencias en lo relativo a la organización de los Centros Penitenciarios. En este sentido, el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 271 del Reglamento Penitenciario establecen que corresponde a la Dirección general de Instituciones Penitenciarias la dirección, organización e inspección de las Instituciones reguladas en dicha Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas dichas competencias.
- 2.- Tal competencia administrativa se desarrolla a través de las correspondientes circulares, instrucciones y órdenes que tienen vigencia en cuanto no se oponga a la normativa integrada por la Ley y el Reglamento, así como por las normas de régimen interior de los Centros Penitenciarios, cuya aprobación corresponde igualmente al Centro Directivo.
- 3.- Visto lo actuado, cabe decir que la decisión del Centro Penitenciario es adoptada de acuerdo con sus normas de régimen interior, siguiendo la Instrucción sobre objetos prohibidos de 25/04/2003 y que por Orden del Centro Directivo de 8 de julio de 2005 se ha convertido en norma de obligado cumplimiento para todos los Centros Penitenciarios.
- 4.- En esta Instrucción se han considerado objetos prohibidos “cualquier sistema electrónico de video juego... así como cualquier otro elemento electrónico que no se encuentre expresamente regulado por el Centro Directivo”, indicando como motivación que “son frecuentes los casos en los que se hace un uso inadecuado de esos sistemas electrónicos por los internos. A ello hay que añadir que, además, el hecho de que los Centros Penitenciarios no disponen de personal técnico cualificado que pueda efectuar la revisión y adecuado control de las nuevas tecnologías, cada vez mas complejas, que aparecen cada día en el mercado, lo que está generando un alto riesgo de que, a través de la posible manipulación de las mismas, los internos puedan acceder a contactos con el mundo exterior, lo

que constituye, sin duda, una quiebre importante para la seguridad del Centro Penitenciario.

- 5.- Tal decisión no contraviene norma alguna de la Ley Orgánica General Penitenciaria ni de su reglamento, encontrando cobertura jurídica en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario, que establece que “se consideran artículos u objetos no autorizados todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud, así como los que exijan para su control una manipulación que implica riesgo de deterioro y los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento”. En efecto, de una parte, una consola de nueva generación no puede sino conceptuarse como un ordenador portátil apta para transmitir y recibir datos de forma incontrolada, con posible afectación de la seguridad del centro; por otra parte, el control de los aparatos supone una manipulación que implica riesgo de deterioro, estándose en uno de los supuestos de dicho precepto sin que venga implicado otro derecho fundamental o preferente que enerve su aplicación; por último, viene prohibido por las normas del Centro Penitenciario aprobadas por el Centro Directivo.
- 6.- Por último, hay que decir que tal denegación no lesiona derechos fundamentales del interno. La video consola es un objeto de entretenimiento sin ningún valor cultural implícito, por lo que, difícilmente, se encuadra dentro del acceso a la educación, información y la cultura. No se conculcan tampoco derechos o beneficios del recurrente, no incide en la ejecución de su pena, ni consta afecte a aspectos de tratamiento del mismo, no supone desviación de los preceptos del régimen penitenciario.

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 del artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

Se desestima la queja del interno M.I.I. del Centro Penitenciario Madrid V.

## 123.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 27/07/09

**Estima la queja sobre autorización para adquirir video consola Play Station II por demandaduría.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.T.C. del Centro Penitenciario Ocaña II formulando queja sobre autorización para adquirir una video consola Play Station II.

El interno formula queja porque ha solicitado que se autorice la entrada de una video consola para utilizar en su celda y le ha sido denegada tal petición.

El Centro invoca, para justificar la negativa, que ahora está expresamente prohibido por las normas de régimen interior del Establecimiento y fundamenta la misma en la necesidad de adoptar medidas de control para proteger la seguridad interior del Establecimiento.

Aunque el artículo 51 del Reglamento Penitenciario considera artículos u objetos prohibidos todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, la lectura de la comunicación del Centro Penitenciario, en que se concretan los motivos por los que la tenencia de la video-consola puede afectar a la seguridad, carecen de consistencia y se reducen a la falta de personal técnico necesario en el Centro para controlar y atender la demanda de video-consolas que puede producirse.

Igualmente, se dice, los dispositivos digitales que se utilizan pueden traer informaciones encriptadas, convirtiéndolas en medios o instrumentos para la comunicación exterior. Esta queda descartada desde el momento en que los dispositivos digitales que se utilizan por los internos han de ser adquiridos por demandadero, lo que asegura su no manipulación.

Tampoco aparece como obstáculo real que se oponga a la autorización del uso de video consolas que la utilización masiva de este artículo por los internos puede alterar el potencial de energía eléctrica contratada, ya que el consumo real de electricidad derivado del uso de una video consola es muy bajo.

La posibilidad, alegada por el Centro, de que por la insuficiencia de personal técnico no se puedan efectuar los controles y revisiones necesarios y ello permita a los internos manipular las video consolas para convertirlas en otros medios o instrumentos para la comunicación exterior (módem) aparece como algo tan remoto e irrealizable que no cabe pensar, seriamente, que tal eventualidad pueda producirse, máxime cuando para la comunicación con el exterior, en tales circunstancias, sería preciso la utilización de línea telefónica fija y de cableado externo, fácilmente detectable.

Las video consolas son aparatos electrónicos que se utilizan fundamentalmente para juegos o pasatiempos y constituyen, básicamente, elementos idóneos para la ocupación del tiempo de ocio, del que el recluso dispone en abundancia cuando permanece encerrado en su celda y sirven, por tanto, para satisfacer la necesidad de esparcimiento de todo ser humano. Debe, pues, estimarse la queja en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución.

Estimando la queja interpuesta por el interno del Centro Penitenciario de Ocaña II A.T.C., se autoriza al mismo para que tenga en su celda una video consola play station II que deberá adquirir por demandaduría con sujeción a las medidas de vigilancia y control que el Centro Penitenciario establezca.

# **CAPÍTULO 18**

## ***TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD***





## **124.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL LOGROÑO DE FECHA 15/10/09**

### **Delimitación de competencias entre el Juzgado de lo Penal y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.**

Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación contra el Auto de fecha 2 de junio de 2009, resolutorio del recurso de reforma en su día interpuesto contra la providencia de 28 de abril de 2009, ambos dictados por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño (La Rioja) en la ejecutoria núm. 348/2008 en el mismo seguida. Según consta en el testimonio de las actuaciones remitido a la Sala, por sentencia de 4 de junio de 2008 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Logroño, C. fue condenado como autor responsable de un delito contra la Seguridad Vial del artículo 379.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de multa, con una cuota diaria de cinco euros, veinte días de trabajos en beneficio de la comunidad y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante doce meses.

En la ejecutoria, seguida en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño y en ejecución de la pena impuesta de trabajos en beneficio de la comunidad, se libró oficio con los testimonios y particulares necesarios al Servicio Social Penitenciario. Más tarde, por parte de este Servicio se informó al Juzgado de la incomparecencia del condenado, ante lo cual el Ministerio Fiscal solicitó del Juzgado que se requiriera al condenado para que compareciera de forma inmediata ante dicho Servicio Social, con apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. A partir de esta solicitud, la providencia de 28 de abril de 2009 deniega lo interesado,

entendiendo que la parte de ejecución de este tipo de penas ante el Juzgado de lo Penal se limita, en su inicio, a la remisión de los particulares necesarios a los Servicios Sociales Penitenciarios, momento a partir del cual entiende que es competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en cuanto a las incidencias más relevantes se refiere, como lo es la incomparecencia del condenado ante los mencionados Servicios Sociales.

En la resolución del recurso de apelación interpuesto hemos de recordar la naturaleza de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pues se trata de una pena que se introdujo con el Código Penal de 1995, afectada por la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y que fue complementada en la forma de su cumplimiento por el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que estableció las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente. Esta pena consiste en la imposición al condenado, sin retribución dineraria y con su consentimiento, de una contribución en labores de utilidad pública que específicamente se le asignen. La finalidad de la misma se halla en cooperar socialmente a reparar los efectos negativos del delito, ayudando a las víctimas de delitos semejantes a los perpetrados por el penado, con el propósito añadido de causar un efecto rehabilitador en el mismo; además, desde otro punto de vista, de ofrecer una pena sustitutiva a las privativas de libertad de corta duración, motivando el no ingreso en prisión de delincuentes de los que no se obtendría beneficio alguno con su cumplimiento efectivo en Centro Penitenciario. En el Código Penal los trabajos en beneficio de la comunidad se configura como una pena privativa de derechos en el artículo 39.i), pudiendo ser una pena menos grave cuando tiene una duración de 31 a 180 días (artículo 33.3 k) o leve si la misma abarca de 1 a 30 días, (artículo 33.4 h), y su regulación se halla en el artículo 49 del mismo texto legal, disponiendo que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, obligándole a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con los delitos de similar naturaleza cometidos por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Las amplias posibilidades de aplicación de esta pena en el Código Penal, como pena alternativa prevista para un delito en concreto o por la vía de la sustitución, dan lugar a que deba existir una extensa oferta de trabajos para su cumplimiento, pena

que, por sus especiales y peculiares características, ha planteado algunos problemas prácticos en su ejecución.

Como expone el artículo 1 del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, el objeto de dicho Real Decreto no es otro que regular las actuaciones que debe realizar la Administración Penitenciaria para hacer efectiva dicha pena, pues le corresponde a la Administración Penitenciaria, tras los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, facilitar el trabajo en beneficio de la comunidad (artículo 4 del Real Decreto 515/2005), pena cuyo control está asignado al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 49.1º del Código Penal). Conforme señalábamos en el Auto de 15 de Septiembre del 2008 (Recurso 218/2008), el régimen de ejecución de las penas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad está regulado en el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Tal y como se expresa en su Exposición de Motivos, en el capítulo II se regulan las circunstancias de ejecución de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, respetando las condiciones establecidas en el Código Penal, que ha incorporado el régimen jurídico de su cumplimiento y ha asignado al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de esta pena. La ejecución de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que será facilitada por la Administración Penitenciaria mediante los Servicios Sociales Penitenciarios, se articula a través de convenios con las Administraciones públicas o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública e incluso, también, a propuesta del propio penado, todo ello en las condiciones fijadas por el juez o tribunal sentenciador y procurando hacer compatible su cumplimiento con el normal desarrollo de las actividades cotidianas del condenado.

Así, el artículo 7º, en lo que se refiera a su “Seguimiento y control”, señala que “Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del juez de vigilancia penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios y las directrices de la entidad para la que preste el trabajo”. Con ello, el primer trámite lo ha de cumplir el Tribunal sentenciador, que será el que tenga la obligación de remitir a los Servicios Sociales Penitenciarios el testimonio de la resolución judicial,

así como los particulares necesarios (artículo 3) que en la práctica van a ser la sentencia y la liquidación de la pena, especialmente si estamos ante un supuesto de sustitución de los artículos 53 ó 88 del Código Penal, y son los Servicios Sociales Penitenciarios quienes elaboran, tras entrevistarse con el condenado y oferta de las plazas existentes (con indicación del contenido y horarios), la propuesta de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que luego se somete a aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 5). Como se desprende de este precepto se ha de intentar adaptarse a las circunstancias personales y sociales del condenado, de tal modo que se le ofrezca un trabajo lo más adecuado para él, respecto al cual el condenado deberá mostrar su conformidad, conformidad que se ha de mantener a lo largo de la ejecución de la pena, pues de otro modo se hace inviable su ejecución. En caso de negativa a trabajar o incumplimiento del plan, la Administración lo comunicará al Juez de Vigilancia Penitenciaria a los efectos oportunos, que no serán otros que determinar si procede la continuación en el mismo u otro centro o valorar si existe o no incumplimiento de pena (artículo 49.6º del Código Penal). Si así se estima, los efectos serán diversos según se trate de pena originaria o por sustitución, pues en el primer caso el Juez valorará si estamos ante un quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, y en el segundo supuesto lo que el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de hacer es comunicarlo al sentenciador para que éste proceda a ejecutar la pena originaria al entender que el condenado no desea la pena sustituida. Por otro lado, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dictar la resolución en la que se tiene por incumplida la pena, conforme expresamente se recoge en el artículo 49.6º del Código Penal, decisión que es revisable frente al Tribunal sentenciador.

A partir de tales criterios, pese a que el Código Penal se refiere siempre al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para la ejecución, control y verificación del cumplimiento de la pena, se viene entendiendo que la competencia de éste órgano no comienza hasta que se elabora el plan de trabajo por la administración y el penado presta su conformidad con el que concretamente se le propone, es decir, no con la genérica pena de trabajo en beneficio de la comunidad sino con la concreta actividad comunitaria que se le programa. Ciertamente, como expone el Juez de lo Penal, el artículo 49 del Código Penal, tras su reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y también el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, atribuyen al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control del desarrollo de la

ejecución (Condición 1ª), y será este órgano jurisdiccional al que los servicios sociales penitenciarios comunicarán las incidencias relevantes de la ejecución de la pena (Condición 6ª). No obstante corresponde al Juzgado de lo Penal, como Juzgado que tramita la ejecutoria, entre otras funciones, comunicar con los Servicios Sociales Penitenciarios, acompañando copia testimoniada de la sentencia a ejecutar, para que estos procedan a determinar las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad con indicación de los tiempos de cada jornada, indicando también el lugar donde se encuentra el penado a efectos de facilitar su comunicación. A partir de ello, los Servicios Sociales Penitenciarios comunican con el penado a efectos de llevar a cabo esta entrevista, y del resultado de esta entrevista se elabora un plan de ejecución y los servicios sociales penitenciarios dan cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para el control del desarrollo de la ejecución de esta pena. Ahora bien, cuando el penado no comparece a realizar estas entrevistas se plantea un verdadero problema, porque existe un vacío legal en la regulación de la ejecución de la pena, pues la solución no está contemplada en el Código Penal ni en el Real Decreto 515/2005, y las incomparecencias a la entrevista no son subsumibles en ninguna causa de incumplimiento previstas en dichas normas porque, en realidad, la pena no ha comenzado a ejecutarse. Por ello, y planteada esta situación, conforme se expone por el Ministerio Fiscal, entendemos que ha de ser el juez que tramita la ejecutoria quien acuerde lo pertinente, conforme se determina en las resoluciones citadas en el recurso y tal y como se ha establecido como criterio común en las distintas reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria que se han celebrado.

En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004 de 22 de diciembre, establece “Habrá de entenderse por los Sres. Fiscales que la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en esta materia debe comenzar cronológicamente solo cuando se inicia efectivamente la ejecución de la pena. Todas las incidencias procesales y penales que surjan con anterioridad a ese momento corresponde resolverlas al juez o tribunal sentenciador”. Por lo tanto es claro, conforme a esta Circular, que la competencia del juez o tribunal que tramita la ejecutoria valorar si nos encontramos ya ante un quebrantamiento de condena.

La Sala acuerda:

La estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 2 de junio de 2009, resolutorio del recurso

de reforma en su día interpuesto contra la providencia de 28 de abril de 2009, ambos dictados por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño (La Rioja) en la ejecutoria núm. 348/2008 en el mismo seguida, resolución que ha de ser dejada sin efecto, declarando al Juzgado de lo Penal competente para conocer las incidencias que se producen con anterioridad a ser elaborado el Plan de Cumplimiento, en los términos expresados.

## **125.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE PONTEVEDRA DE FECHA 16/10/09**

### **Prescripción.**

Que por sentencia de 26/08/08, firme el mismo día, se condenó al penado J.M.G.C. como autor responsable de un delito de conducción alcohólica a la pena, entre otras, de veintidós días de trabajos en beneficio de la comunidad; habiendo transcurrido más de un año desde que se dictó sentencia sin que dicha pena haya sido ejecutada.

En fecha 8 de octubre de 2009, se ha recibido en este Juzgado oficio del Servicio Social Externo, al cual se acompaña propuesta de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en la cual consta que el penado ha iniciado el cumplimiento de dicha pena en fecha 03/10/09.

En virtud de lo preceptuado por los artículos 133 y 135 del Código Penal, habiendo transcurrido más del tiempo señalado por la ley, un año, desde la fecha de la firmeza de la sentencia sin que se hay ejecutado la misma, la cual según consta en las actuaciones se ha iniciado el día 03/10/09 (posteriormente al transcurso del año fijado en la ley) procede declarar la prescripción de la pena de veintidós días de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta por un delito de conducción alcohólica al penado J.M.G.C.

Dispongo declarar prescrita la pena de veintidós días de trabajos en beneficio de la comunidad, impuesta a J.M.G.C. en el presente procedimiento.

**126.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE DONOSTIA  
NÚMERO 3 DE FECHA 25/01/10**

**No prescripción.**

En sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Donostia, de fecha 09/06/08, se condena a T.E.L. a la pena de multa, privación del derecho a conducir y 22 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, se ha dictado Providencia en la que se acuerda no haber lugar a aprobar el plan de Trabajos en Beneficio de la Comunidad elaborado, hasta tanto el Juzgado sentenciador se pronuncie sobre su prescripción, toda vez que ha transcurrido un año desde la firmeza de la sentencia.

El artículo 133 del Código Penal dispone: “Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.

A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.

A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.

A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.

A los 10, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.”

Coherentemente con ello, el artículo 134 establece:

“El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, no desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.”

Del juego de ambos preceptos ya se constata que no existe previsión legal ninguna que prevea y enumere las causas de interrupción de la prescripción de la pena. De hecho, el Código Penal vigente ha suprimido

incluso la única causa expresa de interrupción de la prescripción de la pena que preveía el artículo 116 párrafo segundo del Código Penal de 1973 y que consistía en la posterior comisión de otro delito antes de cumplirse el plazo de la prescripción. Cabría por tanto preguntarse si lo que el legislador ha pretendido es que los plazos de prescripción de la pena corran de forma inexorable de modo que no exista causa alguna susceptible de interrumpirlos, cuestión a la que debe responderse de forma negativa al tratarse de un criterio que pasa por alto situaciones en las que forzosamente debe interrumpirse el computo del plazo prescriptivo, tal como señala la Audiencia Provincial de Ciudad Real en su auto de 18-11-2003:

“La jurisprudencia es unánime en reconocer esta eficacia interruptiva a la suspensión judicial de la ejecución de la condena y también a la suspensión de la ejecución en tanto se resuelve la solicitud de indulto.

En uno y otro caso resulta evidente que la suspensión de la ejecución paraliza los plazos de prescripción de la pena, que queda supeditada a la eventualidad de su ejecución posterior en el caso de que se revoque la suspensión de la ejecución de la pena o no sea concedido el indulto. En este sentido, pueden citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1999, el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 24 de septiembre de 1999, el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de julio de 2000, o el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 20 de septiembre de 2001.”

Sin embargo, siendo este un criterio lógico y respetuoso con el principio de seguridad jurídica, queda por dilucidar si la prescripción de la pena se interrumpiría en aquellos casos en los que no puede hablarse de una paralización de las actuaciones encaminadas a la ejecución de la pena aunque no haya mediado una resolución judicial de suspensión de la ejecución este sería el caso del cumplimiento previo de las penas más graves, según dispone el artículo 75 del Código Penal de 1995, pero también la sustanciación de todas aquellas actuaciones procesales que atienden las peticiones del condenado a propósito precisamente de la propia ejecución y el modo de llevarla a cabo, tales como peticiones de suspensión de la ejecución o sustituciones de las penas privativas de libertad. No se trataría aquí de aplicar analógicamente los plazos de prescripción de los delitos y sus causas de interrupción (argumento analógico que está en la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1999, del Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 20 de septiembre de 2001, sino que



se trataría, tal y como establece el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real citado de “reducir teleológicamente la norma que dispone el dies a quo del plazo prescriptivo de las penas y que no se sitúa inexorablemente en la fecha de la firmeza de la sentencia o el quebrantamiento de la condena, sino en el momento en que, resueltas todas las incidencias referidas a la ejecución de la pena y el modo de llevarla a cabo, debe dar comienzo el cumplimiento de la condena”.

Llegándose así a admitir como actuaciones susceptibles de interrumpir la prescripción de la pena todas las actuaciones procesales que tuvieran por objeto resolver las peticiones del condenado a propósito de la suspensión de la ejecución, la sustitución de la pena de arresto de dieciocho fines de semana por la de trabajos en beneficio de la comunidad o la petición de cumplimiento ininterrumpido del total de la pena y en el domicilio o, al menos, en el municipio del condenado, toda vez que son incidencias; orientadas precisamente a la ejecución y con un claro valor interruptivo de la prescripción de la pena.

Del examen de las actuaciones se desprende que si bien desde que se dicta la sentencia hasta que se oficia a los Servicios Sociales Penitenciarios para elaborar el plan de ejecución transcurrieron siete meses, no puede considerarse que haya transcurrido un año de inactividad procesal que justifique declarar prescrita la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

No ha lugar a tener por prescrita la pena de 22 días de Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

Modo impugnación: Hay dos opciones.

- Mediante recurso de reforma y apelación (artículo 766.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Al interponer la reforma puede interponer subsidiariamente la apelación, por si no se admitiera aquélla (artículo 766.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Plazo: Para la reforma tres días (artículo 211 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Para la apelación, si se interpone por separado cinco días siguientes a la notificación del auto desestimando la reforma (artículo 766.3).

- Mediante recurso directo de apelación, sin previa reforma (artículo 766.2 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Plazo: en el término de cinco días desde la notificación del auto recurrido (artículo 766.3).

Forma (común a las dos opciones): Mediante escrito presentado en este Juzgado, con firma de Letrado (artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Efectos ( común a las dos opciones):

Los recursos de reforma y de apelación no suspenderán el curso del procedimiento (artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## **127.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 1 DE FECHA 17/09/09**

**Autoriza el plan propuesto por la Administración Penitenciaria “cada sábado o cada domingo cumplirá 3,7 jornadas”. Oposición del Ministerio Fiscal.**

El presente expediente se tramita para dar cumplimiento a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta a F.E.J.S., impuesta por el Jdo de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid en la causa: Ejecutoria 2101/2006.

Visto el contenido de la propuesta formulada por la Administración penitenciaria, así como el consentimiento a la misma formulado por el penado, se estima que la misma se ajusta a los requisitos establecidos en el artículo 49 del Código Penal y Real Decreto 515/2005 de 6 de mayo por lo que procede su aprobación.

Respecto a la oposición a la aprobación del Plan de ejecución que ha efectuado el Ministerio Fiscal, al considerar que dos horas no pueden equivaler una jornada de trabajo y además que en un mismo día puedan ser satisfechas más de una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad, debe señalarse que efectivamente el artículo 49-1º del Código Penal,

solo contempla la duración máxima de cada jornada (8 horas) pero nada dice dicho Artículo, ni el Real Decreto 515/2005 del cual debe ser la duración mínima de cada jornada, solo el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril -hoy derogado- establecía en su artículo 5-1º que la extensión mínima de cada jornada debía ser de 4 horas.

Al carecer de marco normativo de referencia, únicamente puede señalarse en este punto que el Tribunal Supremo (Sala 2ª) en su sentencia de 24-11-2006, admitió, o al menos no cuestionó, que las jornadas podrían tener una duración mínima de dos horas.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de efectuar más de una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad, en un solo día, coincide este Juzgador con la opinión del Ministerio Fiscal, en el sentido que el espíritu de la ley, es efectivamente que cada jornada se efectúe en un día. Ahora bien lo cierto y verdad es que tal previsión no aparece en ningún texto normativo, es más el artículo 6-2 del Real Decreto 515/2005, establece 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”.

Este artículo podría dar lugar a entender, que es posible, gracias al principio de flexibilidad, que en un solo día pueden ejecutarse más de una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad.

Trasladando las consideraciones anteriores al presente caso, quién ahora resuelve conoce desde hace tiempo las dificultades que la Administración Penitenciaria tiene para dar salida al número de condenas de trabajos en beneficio de la comunidad que le llegan, debido a la poca colaboración que recibe de otras Administraciones, y de la Sociedad en general, por todo ello, a la vista de lo dispuesto en el artículo 6-2 del Real Decreto 515/2005, y teniendo en cuenta que la no aprobación del plan de ejecución que se propone para F.E.J.S., supondría el tener que iniciar de nuevo todo el proceso de selección y búsqueda de plazas para ejecutar la condena, procede tal y como se acordó al inicio de este Razonamiento. Jurídico, aprobar el plan en los términos propuestos por los Servicios Sociales Penitenciarios, es decir cada sábado o cada domingo, el citado señor cumplirá 3,7 jornadas.

Ahora bien de cara al futuro, la Administración Penitenciaria de forma progresiva deberá ir procurando que la duración de las jornadas de trabajo superen las dos horas y que cada día se cumpla solamente 1 jornada de trabajo en beneficio de la comunidad.

Se acuerda: Aprobar el plan de ejecución propuesto en relación con la pena de 90 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado F.E.J.S.

En todo momento el penado deberá respetar la pena de alejamiento en los términos que aparece impuesta en la sentencia de fecha 04-07-2005.

En el futuro la Administración Penitenciaria deberá ir procurando que la duración de cada jornada supere las 2 horas y que cada día se cumpla solamente una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, al penado y al Servicio Social Penitenciario proponente quien además, informará al penado que el incumplimiento de la pena impuesta podrá dar lugar a la comisión de un delito de quebrantamiento de condena, debiendo entregarle una copia de los artículos 49 v 468 del Código Penal.

**128.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE SORIA DE FECHA 17/08/09**

**No puede ejecutarse la pena por incapacidad permanente total.**

Dada cuenta. Visto el anterior informe del Ministerio Fiscal, se estima innecesario lo solicitado, toda vez que, según el Real Decreto 515/2005, para la ejecución de cualquier trabajo en beneficio de la comunidad, se requiere estar dado de alta en la Seguridad Social, lo cual no se puede verificar en el presente caso, ya que el penado ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total, por lo que debe entenderse que la pena no puede ser ejecutada por imposibilidad física.



# **CAPÍTULO 19**

## ***TRASLADOS***





## **129.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 10/07/09**

**Ordena el reingreso al Centro Penitenciario del que había sido trasladado.**

Que el presente expediente se incoó en virtud de escrito del interno M.J.S.M. del Centro Penitenciario Huelva formulando queja por traslado de Centro Penitenciario.

Que el artículo 31 del Reglamento Penitenciario atribuye a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias con carácter exclusivo la competencia para decidir el destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, y sólo en el supuesto de traslado por la Administración Penitenciaria para sustraer al interno de la competencia de un determinado órgano judicial, o bien cuando se vieran involucrados derechos fundamentales de los internos cabría que este Juzgado entrase a conocer: habiendo sido tal posibilidad ya resuelta al haber manifestado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre y 5 de diciembre de 1986 la perfecta constitucionalidad de los artículos 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31.1º del Reglamento Penitenciario no pudiéndose aludir al contenido del artículo 25.2º de la Constitución para hacer valer un pretendido derecho al traslado puesto que, al margen del argumento de autoridad interpretativa constitucional ya citado, conviene no olvidar que el citado artículo permite aquéllas limitaciones de derechos fundamentales que se deriven “del contenido del fallo condenatorio, del sentido de la pena y de la Ley Penitenciaria”, y no hay que olvidar tampoco que el acercamiento al ámbito familiar y social de los internos aparece como un ideal hacia el que

hay que tender según el artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pero supeditado siempre a las disponibilidades materiales de la Administración Penitenciaria y a los principios de reeducación y reinserción social que constituyen -ex artículos 25.2 de la Constitución y 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria- el fin primordial y clave de bóveda de todo el edificio penitenciario.

Que en el presente supuesto, a la vista de los informes aportados resulta que fueron razones de tratamiento las que motivaron que la Junta del Centro Penitenciario de Huelva elevara la correspondiente propuesta de traslado del interno al Centro Penitenciario de Sevilla II Morón de la Frontera, acordándose por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, en virtud de la competencia exclusiva que le corresponde conforme al artículo 31 antes mencionado. Y ello porque se estimó que dicho traslado sería la mejor solución dentro del programa individualizado de tratamiento, a la vista de la actitud personal que el interno mostraba y la inadaptación que venía manifestando en su conducta en el Centro Penitenciario de Huelva con críticas y denuncias hacia los profesionales del Centro Penitenciario. Sin embargo, hay que resaltar que conforme a los antecedentes del interno, sobradamente conocidos en este Juzgado, dado que fue en éste donde se inició la denuncia por malos tratos contra funcionario por hechos ocurridos en el 2004, las críticas y quejas vertidas contra algunos funcionarios del Centro Penitenciario de Huelva se encuentran plenamente justificadas, y que ya en dicha fecha, a fin de evitar situaciones conflictivas y en aras de su tratamiento, el interno fue trasladado al Centro Penitenciario de León, por lo que un nuevo alejamiento de su ámbito familiar (y sin perjuicio de compartir esta Juzgadora el criterio de la Junta en cuanto el “clima de tensión” que puede producirse no facilita el tratamiento del interno) en nada beneficia al interno, y éste reiteradamente ante esta Juzgadora (y también ante los profesionales del Centro Penitenciario) ha manifestado su voluntad de permanecer en el Centro Penitenciario de Huelva, considerándose adecuado respetar dicha voluntad, al no existir limitación por la disponibilidad de plazas en el Centro Penitenciario de Huelva y a fin de no perjudicar más a un interno que ya ha sido suficientemente víctima de un innecesario rigor penitenciario en los hechos ocurridos en el 2004.

Por ello, en base a lo anteriormente expuesto, procederá estimar la queja del interno y acordar su traslado al Centro Penitenciario de Huelva.

Estimar la queja del interno M.J.S.M. del Centro Penitenciario Huelva en el sentido de acordar su reingreso en el Centro Penitenciario de Huelva.

### **130.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA DE FECHA 26/02/09**

#### **Propuesta a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de la anulación de traslado.**

El interno 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 Monterroso (Lugo) 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 Monterroso, por motivos que obran en el expediente y que se dan por reproducidos en la presente resolución.

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 esta queja por examinar la legalidad del traslado efectuado en aplicación de la reglamentación vigente. Al respecto es de aplicación 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 pronun-

ciado 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 interno, 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 Monterroso (Lugo) del interno A.M.C.

Decido: Estimar en parte la queja interpuesta por A.M.C. 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 20**

## ***OTROS ASUNTOS***





**131.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL MADRID SECCIÓN  
17 DE FECHA 06/03/09**

**Revocación de licenciamiento definitivo con fundamento en el perjuicio causado por aquel en las fechas de cumplimiento.**

Por el penado A.J.M.H. se ha solicitado de este Tribunal la revocación del licenciamiento definitivo de la ejecutoria de referencia, con fundamento en que el mismo le ha causado un perjuicio respecto de las fechas de cumplimiento de la ejecutoria 308/06 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Burgos.

La petición que plantea el penado es reproducción de otra que planteó con anterioridad y que fue desestimada por auto de este Tribunal de fecha 20 de septiembre de 2007

Las resoluciones que se dictan en el proceso de ejecución de las sentencias si bien adquieren firmeza, nunca son definitivas y por lo tanto son susceptibles de modificación.

En el presente caso la denegación de la revocación del licenciamiento del penado tenía su fundamento en la falta de coincidencia temporal en el cumplimiento de las dos responsabilidades que recaían sobre el penado.

Sin embargo en el presente momento al escrito del condenado se acompaña informe del Centro Penitenciario en el que aquel permanece ingresado, que explica perfectamente la situación y así que en un momento la responsabilidad del penado por la presente ejecutoria coincidió temporalmente con la responsabilidad dimanante de la ejecutoria 308/06 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Burgos, sucediendo que en el momento de la excarcelación del condenado por la presente causa, se encontraba en liber-

tad por la otra pendiente de la resolución de un recurso de apelación contra la denegación de la remisión condicional

En tales condiciones no puede mantenerse que no existiese una coincidencia temporal de cumplimiento de ambas responsabilidades que recaían sobre el penado.

Procede en consecuencia acceder a la revocación del licenciamiento en su día otorgado a los efectos de previsión que se contiene en el artículo 193.2 Reglamento Penitenciario.

La Sala acuerda. Procede la revocación del licenciamiento definitivo del penado Á.J.M.H. por razón de la presente causa.

Procede el archivo provisional de la ejecutoria, previas las anotaciones oportunas, debiendo interesar al Centro Penitenciario que se comunique a este Tribunal la fecha en la que el penado puede alcanzar el licenciamiento definitivo como consecuencia de la refundición de las condenas que el mismo tenga pendientes de cumplimiento.

### **132.- SENTENCIA 1715/2009 DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE FECHA 31/03/09**

#### **Reducción de la pensión no contributiva por gastos de manutención en el Centro Penitenciario.**

Que según consta en autos se presentó demanda en reclamación de incapacidad no contributiva siendo demandada la Xunta de Galicia-Conselleria Asuntos Sociais. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000696 /2005 sentencia con fecha diez de Noviembre de dos mil cinco por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

El actor, es perceptor de pensión de invalidez no contributiva, la cual le fue reconocida por Resolución de la Delegación Provincial de

Pontevedra de la Conselleria de Asuntos Sociais de 4-10-2002 con efectos del 1-4-2002, en cuantía mensual de 178,99 €. - Por Resolución de la Delegación Provincial de Ourense de la Conselleria de Asuntos Sociais, Empleo e Relacions Laborais de fecha 24-6-2005 se modifica la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva, fijándola en 279,91 € mensuales con efectos del 1-5-2005 y en cuantía de 207,71 € desde enero a mayo de 2005. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 29-7-2005. El actor se encuentra ingresado en el Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

Que desestimando la demanda interpuesta, contra La Conselleria de Asuntos Sociais, Empleo e Relacions Laborais, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

El demandante tiene reconocida una invalidez no contributiva por la Conselleria de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales, en cuantía de 178,99 euros mensuales y efectos de 4-3-2002. Por resolución de la delegación provincial de Ourense de la Conselleria citada de 24-6-05 se modifica la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva, fijándola en 279,91 euros con efectos de 1-5-2005 y en cuantía de 207,71 euros desde enero a mayo de 2005. El actor se encuentra ingresado en el centro penitenciario de Pereiro de Aguiar, descontándole el resto hasta el límite, por el concepto de rentas e ingresos personales, debido al coste de manutención que soporta la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Habiendo solicitado que se le abone la cantidad inicialmente reconocida y las diferencias descontadas, al ver desestimada su pretensión por la sentencia de instancia, interpone contra la misma recurso de suplicación, denunciando, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., la infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 144.5 de la L.G.S.S., en concordancia con lo que disponen los artículos 20 y 21.2 de la Ley General Penitenciaria, así como la doctrina del Tribunal

Supremo, e infracción de los artículos 14 y 15 de la Constitución Española.

Alega, en esencia, que en torno a la cuestión controvertida, esto es, si deben computarse como ingresos o rentas los gastos de manutención del penado ingresado en prisión, no existe una doctrina unificada, ya que el caso ha sido resuelto de modo contradictorio por dos líneas jurisprudenciales distintas, una primera la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1999 que sienta el criterio de que aunque se acredite el coste de manutención el interno siempre conservaría el derecho a la pensión de invalidez no contributiva y otra segunda de 20 de diciembre de 2000 que estima que los ingresos computables para medir el reconocimiento y conservación de las pensiones no contributivas, además de las rentas de trabajo y de las rentas de capital, comprenden “cualesquiera bienes o derechos de naturaleza prestacional”, entre los que cabe incluir, de acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 21.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la manutención de los pensionistas que ingresen en Centros Penitenciarios.

La cuestión planteada es si el ingreso en prisión puede suspender o reducir, y en qué condiciones, el derecho a percibir una pensión no contributiva durante el tiempo de internamiento penitenciario.

Existen, en efecto, las dos sentencias a que alude la parte recurrente, pero contrariamente a lo postulado por el recurrente en el sentido de indicar que no existe una doctrina unificada, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-12-2000 (Rec. 2284/1999), dictada en unificación de doctrina, declaró expresamente que el Pleno de la Sala modifica la posición de la sentencia precedente (se está refiriendo a la de 14-12-1999), en el sentido indicado en los razonamientos anteriores que, a modo de resumen, son los siguientes:

“...Es cierto, a la vista de los preceptos reguladores de la insuficiencia de medios de vida determinante de la atribución de las pensiones no contributivas, que el reconocimiento y la conservación de éstas depende de que el pensionista alcance o no un determinado nivel de ingresos. Es cierto también que los ingresos computables para medir tal nivel incluyen, además de las rentas de trabajo y de las rentas de capital, “cualesquiera bienes o derechos” de “naturaleza prestacional”. A la vista de los términos del enunciado legal y de las limitadas excepciones al mismo, dentro de

estos bienes o derechos de naturaleza prestacional cabe incluir, de acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 21.2 de la Ley General Penitenciaria, la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios”.

Por ello, al venir acreditado el coste de manutención del demandante, en base al certificado del Centro Penitenciario obrante a los autos, y aplicando la doctrina expuesta ha de estimarse correcta y ajustada a derecho la cuantía de la pensión reconocida durante el tiempo en que el demandante ha permanecido ingresado en dicho Centro Penitenciario.

Siendo de señalar que el Tribunal Supremo en sentencia reciente de quince de julio de dos mil ocho ratifica y reitera la anterior doctrina y respecto, a la cuestión planteada en el presente recurso de si el ingreso en prisión puede suspender o reducir, y en qué condiciones, el derecho a percibir una pensión no contributiva (de invalidez en este caso) durante el tiempo de internamiento penitenciario, y, en concreto, si deben computar como rentas o ingresos propios el montante económico que el interno reciba como consignación por alimentos. La Sala concluye señalando la posibilidad de reducción o suspensión temporales por deducción de los gastos de manutención a cargo de la Administración Penitenciaria cuando el beneficiario ingresa en la cárcel.

Por todo ello,

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el actor, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense, de fecha 10 de noviembre de 2005, dictada en autos núm. 702/05, seguidos a instancia de la referida recurrente, frente a Xunta de Galicia Conselleria Asuntos Sociais, sobre Invalidez no contributiva, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

### 133.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA DE FECHA 26/01/09

**Internos transexuales. Confirma traslado a módulo de mujeres, en consonancia con su inscripción registral.**

En el expediente de queja 404/08, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Numero 3 de Andalucía, con sede en Málaga, se dictó Auto de fecha 15 de septiembre de 2008 por el que estimando parcialmente el recurso interpuesto por el interno J.A.A.L., se acordaba la reubicación del interno en un módulo ordinario en donde pudiera participar en las actividades modulares que se organicen o que se le permitiera participar en las actividades modulares organizadas en otro departamento.

Tal resolución fue recurrida en reforma, alegando como hecho novedoso, haber sido inscrito el recurrente en el Registro Civil de San Fernando con el nombre de “T.” y con el sexo de “mujer”, solicitando ser trasladado al módulo de mujeres. De tal recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que evacuó informe de fecha 6 de octubre de 2008, oponiéndose a lo solicitado, resolviéndose tal recurso por Auto de fecha 29 de octubre de 2008 por el que se estimaba el recurso de reforma interpuesto, dejando sin efecto aquella resolución acordando la reubicación de la penada en el módulo de mujeres en consonancia con el sexo de “mujer” y el nombre de “T.” que figura actualmente en el Registro Civil.

Dicha resolución fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 30 de octubre de 2008 siendo impugnado tal recurso por T. (anteriormente J.A.A.L.), representada por Procurador y defendida por letrado.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal con fecha de 14 de enero de 2009, se dispuso la formación del correspondiente rollo para la sustanciación y decisión del recurso formulado que fue registrado con el nº 14/09.

El tema de fondo a resolver en esta resolución consiste en si la apelada, T. (anteriormente J.A.A.L.), que cumple condena en la Prisión de Alhaurín de la Torre, actualmente en el módulo de ingreso, puede o debe ser ingresada en el módulo de mujeres, debiendo de tenerse en cuenta que tal interna, que conserva sus órganos genitales masculinos de origen,

obtuvo el cambio registral de sexo y de nombre por Auto dictado por el Magistrado del Registro Civil de Málaga, de fecha 10 de junio de 2008 (folios 72 y 73) por el que acordaba la rectificación de la mención relativa al sexo y nombre del promotor del expediente, J.A.A.L., que figura en el asiento de su nacimiento, en el sentido de que a la fecha de la entrada en vigor de aquella resolución, constara como sexo del interesado el de “mujer” y como nombre del mismo el de “T.”, acordando cancelar el asiento de nacimiento del solicitante siendo trasladado a un nuevo folio en el que solo figuraran sus nuevas circunstancias de identidad, lo cual se realizó por el Registro Civil de San Fernando, tal y como consta al folio 79 de la causa.

Partiendo de dichas premisas, ha de sacarse la conclusión de que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 29 de octubre de 2008, toda vez que en escrito de recurso no han quedado desvirtuados los razonamientos jurídicos expuestos en la resolución recurrida, cuyo contenido procede dar por reproducido en esta resolución.

Así, el primer motivo esgrimido por el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 30 de octubre de 2008, en que se remite a lo ya expuesto en su informe de fecha 6 de octubre de 2008, en donde se hace alusión a determinados informes médicos emitidos en el expediente de queja 244/08, es cuestión que carece de trascendencia; y ello, por entender que, sin perjuicio del contenido de tales informes, la cuestión sobre la que versaban los mismos ya fue resuelta por el Encargado del Registro Civil de Málaga que tras el oportuno examen forense, y examinando el contenido de informes médicos contradictorios, lo que realiza en los fundamentos jurídicos segundo y tercero, dictó Auto de fecha 10 de junio de 2008 (folios 72 y 73) acordando la rectificación de la mención relativa al sexo y nombre del promotor del expediente, J.A.A.L. Es por ello, que tal y como consta en tal Auto y en el nuevo asiento registral realizado (folio 79), el por aquel entonces varón J.A.A.L., ha de ser considerada “mujer” y ha de ser llamada T.A.L. Tal rectificación registral, desde luego, ha de producir todos sus efectos pues así lo señala la Ley 3/07, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en donde en su art Artículo 5, relativo a los efectos, se señala que :

- “1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.

2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. Es por ello que la condición de “mujer” de la interna, ahora apelada, no puede ponerse en tela de juicio, por mucho que informes médicos o psicológicos anteriores dictaminaran lo contrario.”

Se alude por el Ministerio Fiscal en el recurso, en segundo lugar, a que aun siendo la interna legalmente mujer, lo cual “debería bastar para su inclusión inmediata en el módulo de mujeres”, falta una condición objetiva no exigida por la Ley pero si por la Instrucción 7/06, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, como es “la necesidad de operación de sus órganos genitales”; alegando el Ministerio Fiscal que tal requisito no se cumple en el presente caso, dado que la interna conserva sus genitales masculinos de origen.

Sobre tal extremo, ha de hacerse constar lo siguiente: en primer lugar, que la mencionada Instrucción no exige para reconocimiento de identidad psico-social de género que regula, la operación de los órganos genitales; y en segundo lugar, que tal Instrucción no es de aplicación en el presente caso, toda vez que la penada tiene reconocido oficialmente su condición de “mujer”, tal y como antes se ha analizado, y reconoce el Ministerio Fiscal. Téngase en cuenta que la mencionada Instrucción 7/2006, de 9 de marzo, sobre integración penitenciaria de personas transexuales al igual que la derogada Instrucción 1/2001, de 12 de febrero, sobre ingresos de internos transexuales, ambas, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, fueron la respuesta a una Proposición no de Ley aprobada por la Comisión Parlamentaria de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados en relación con el derecho de los transexuales a un cambio de sexo en la que, entre otras cuestiones, instó al Gobierno para que desde Instituciones Penitenciarias se emitiera una Instrucción en la que se buscaran fórmulas para que los transexuales, a los que no les haya reconocido su cambio de sexo en documento oficial acreditativo de su identidad, sean ingresados, en caso de condena por comisión de delito, en la prisión que corresponda según el sexo socialmente reconocido y por el que desarrollan su vida, siempre y cuando no se altere el normal funcionamiento del centro receptor.

No podía ser de otro modo, (el que tales Instrucciones regularan el ingreso en los módulos correspondientes solo de los transexuales “a los que no les haya reconocido su cambio de sexo en documento oficial acre-



ditativo de su identidad”), toda vez que lo contrario implicaría un contrario-sentido y una ilegalidad, pues se estaría cuestionando, aunque solo fuera a efectos penitenciarios, el género que tiene una persona (hombre o mujer) cuando tal género ya ha sido declarado, tras la tramitación pertinente, por la Autoridad Judicial competente (artículo 3 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo) y ha sido registrado en el Registro Civil, quedando, en caso contrario, en autentico “papel mojado” el artículo 5 de la Ley 3/07, de 15 de marzo, cuando señala que “la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”.

Es por ello, ha de concluirse, que la penada, actualmente T.A.L., ha de ser considerada, a todos los efectos, como “mujer”, pues así lo declaró el Encargado del Registro Civil de Málaga en cumplimiento de la Ley 3/2007, de 15 de marzo; ley que al regular en su artículo 4.2 que “No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual”, posibilita el que, legal y oficialmente, y si se dan los requisitos para ello, puedan existir mujeres con órganos sexuales masculinos y hombres con genitales femeninos, siendo lo cierto que en tales casos, legal y oficialmente, aquel hombre no lo será menos por tener genitales femeninos, y aquella mujer no lo será menos por tener genitales masculinos, pudiendo ejercer, tales hombres y mujeres, todos los derechos inherentes a su nueva condición, tal y como previene el antes mencionado artículo 5 de la Ley 3/07, de 15 de marzo. Y hasta tal punto ello es así que el propio legislador previo, entre otros motivos, para evitar sin duda cualquier posible discriminación, el traslado total del folio registral (artículo 1.2), la obtención de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral (artículo 6.2) y la prohibición de dar publicidad sin autorización especial a la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona (artículo 7); todo ello, como se aclara la exposición de motivos de la referida ley, “con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas”.

Se reitera que es por ello, y para no infringir el artículo 14 de la Constitución española que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, desarrollado por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y en aplicación de la separación interior que, por razón de

sexo, establece el artículo 9.1 y el artículo 16 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, es por lo que ha de desestimarse el recurso interpuesto, debiendo de ubicarse a T.A.L., como tal “mujer” que es, en el módulo de “mujeres”, en donde podrá participar en las actividades modulares que se organicen, en la forma que se determine por Instituciones Penitenciarias, sin que sea factible que la interna (que no interno) permanezca en el módulo de ingresos, pues ello infringiría el artículo 9.1 y el artículo 16 antes mencionados de la Ley Orgánica General Penitenciaria y se daría a la interna T. un trato discriminatorio, por razón de sexo, prohibido por la Constitución española.

El que T.A.L. haya sido condenada por una agresión sexual hacia otra mujer, o mantenga una actitud agresiva hacia las mujeres, tampoco es una circunstancia que pueda impedir a la penada estar ingresada en el módulo de mujeres, pues tal circunstancia también concurre habitualmente en hombres que ingresan en prisión por agresiones, sexuales o no, hacia otros hombres, y en mujeres que ingresan en prisión por agresiones, sexuales o no, hacia otras mujeres, sin que en tales casos se cuestione que tal hombre ha de cumplir la pena en el módulo de hombres ni que tal mujer ha de cumplir la pena en el módulo de mujeres; debiendo destacarse, además, que los genitales masculinos que conserva T.A.L. son “atrofícos” (folio 70), con lo cual la persistencia de tales órganos sexuales en la penada no puede considerarse que suponga un plus de peligrosidad, a nivel de procurar la indemnidad sexual del resto de las internas.

Por todo lo expuesto, como se viene señalando, ha de desestimarse el recurso interpuesto, debiendo de confirmarse la resolución recurrida. Lo anterior, sin embargo, ha de entenderse sin perjuicio de que, una vez ubicada T. en el módulo de mujeres, deba procurarse allí garantizar no sólo la intimidad de la interna, sino también su propia seguridad e integridad, al igual que la intimidad, seguridad e integridad del resto de las internas, para lo cual Instituciones Penitenciarias tiene los instrumentos y mecanismos oportunos, entre ellos, los previstos en el artículo 15 del Reglamento Penitenciario, con la finalidad, también, de obtener la seguridad y buen orden del Centro Penitenciario.

Que de conformidad con el artículo 240-1, en relación con el artículo 239, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas que puedan haberse causado con motivo del recurso formulado.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 29 de octubre de 2008 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía con sede en Málaga en el expediente de queja 404/08, y en consecuencia confirmamos dicha resolución en todas sus partes, declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

### **134.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 28/01/09**

#### **Traslado del compañero de celda a enfermería por enfermedad mental.**

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.

Examinadas las alegaciones del recurrente y el informe de los Servicios Médicos del Centro Penitenciario, de 19-1-2009, procede la estimación de la queja formulada, ya que el compañero de celda del recurrente padece una esquizofrenia paranoide que le provoca episodios de alteraciones. En consecuencia, es conveniente su traslado a enfermería para controlar su enfermedad, tomándose las medidas médicas oportunas que controlen sus alteraciones, evitándose que dicho interno comparta celda con el quejoso.

Se estima la queja interpuesta por J.C.M.G., interno en el Centro Penitenciario de Topas, y se insta al Centro Penitenciario para que traslade al interno B.A., a enfermería, tomándose las medidas médicas oportunas que controlen su enfermedad, evitándose que el mismo comparta celda con J.C.M.G.

### **135.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 15/01/09**

**Estima queja del interno por estancia prolongada en módulos de ingresos (dos meses aproximadamente).**

En fecha 01-10-08 fue recibido en audiencia en el Centro Penitenciario de Málaga, sito en Alhaurín de la Torre, el interno D.S.G. formulando queja porque se encuentra en el módulo de ingresos desde su llegada al establecimiento y no le prescriben la medicación que precisa para dormir.

Se reclamó la información oportuna del Centro Penitenciario de Málaga, habiéndose recibido con el resultado que consta en autos.

Conferido traslado del mismo al Ministerio Fiscal, éste interesó la estimación de la queja así como que se instase al Centro penitenciario al exacto y puntual cumplimiento del artículo 20.3 del Reglamento penitenciario.

En cuanto a su prolongada permanencia en el módulo de ingresos, ha de traerse a colación el contenido del artículo 20.3 del Reglamento Penitenciario según el cual «La estancia de preventivos o penados en el departamento de ingresos será, como máximo, de cinco días y sólo podrá prolongarse por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad. De la prolongación se dará cuenta al Juez de Vigilancia correspondiente».

En el supuesto de autos, efectivamente, consta que el interno D.S.G. ha permanecido ubicado en el módulo 1 desde su ingreso y aunque dicha fecha no nos ha sido facilitada por la Administración Penitenciaria como, según las manifestaciones del interno, a la fecha de la audiencia -celebrada el día 01-10-08- llevaba ya un mes en el módulo de ingresos y no fue trasladado al módulo 11 hasta el 04-10-08, ha estado en el módulo de

ingresos durante dos meses aproximadamente, por lo que ha transcurrido en exceso el plazo de cinco días previsto como máximo en el precitado artículo 20.3 del Reglamento Penitenciario, motivo por el cual procede estimar la queja al considerar que la Administración penitenciaria no ha actuado con la diligencia debida.

Por otro lado y como quiera que desde el Centro Penitenciario se comunica que la razón de esa prolongada permanencia en el módulo de ingresos del interno recurrente ha sido la sobreocupación del establecimiento que no permite la movilidad de los internos durante semanas, procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, elevar propuesta a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a fin de que, de forma urgente, se efectúen las gestiones necesarias y se adopten las medidas oportunas para evitar que el módulo de ingresos del Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre se convierta en un módulo residencial debido a la sobreocupación que sufre el establecimiento pues con ello se está contraviniendo expresamente el contenido del artículo 20.3 del Reglamento Penitenciario que impide la permanencia de un interno en el módulo de ingresos por plazo superior a cinco días.

Se queja el interno, en segundo lugar, de que no se le ha prescrito la medicación que precisa para dormir; sin embargo, desde el Servicio Médico Penitenciario se informa que el interno tiene instaurado tratamiento médico desde el 25-09-08, motivo por el cual procede desestimar esta queja.

Se estima la queja formulada por el interno D.S.G. en el sentido de considerar excesiva la permanencia del recurrente en el módulo de ingresos y, en consecuencia, se insta a la Dirección del Centro Penitenciario de Málaga al estricto cumplimiento del plazo máximo de cinco días previsto en el artículo 20.3 del Reglamento Penitenciario para la estancia de preventivos o penados en el departamento de ingresos.

Asimismo se acuerda elevar propuesta a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a fin de que, de forma urgente, se efectúen las gestiones necesarias y se adopten las medidas oportunas para evitar que el módulo de ingresos del Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre se convierta en un módulo residencial debido a la sobreocupación que sufre el establecimiento pues con ello se está contraviniendo expresamente el

contenido del artículo 20.3 del Reglamento Penitenciario que impide la permanencia de un interno en el módulo de ingresos por plazo superior a cinco días.

### **136.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 22/09/09**

#### **Desestima queja por no tramitación de la renovación del carnet de conducir.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno, sobre la negativa del Centro a tramitar la renovación de su carnet de conducir.

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 que obra en el Expediente, resulta que antes de la modificación del Reglamento General de Conductores (Real Decreto 772/1997 de 30 de mayo) por el Real Decreto 64/2008 de 25 de enero, se tramitaban por los Centros Penitenciarios las renovaciones de los permisos de conducir de los internos (con salidas acompañados de FSE a los Centros de Reconocimiento) a fin de no tener que volver a superar las pruebas de control de aptitudes y comportamientos si habían pasado cuatro años sin haberse solicitado la prórroga de vigencia del permiso de con-

ducir. Eliminado este periodo de cuatro años por la modificación citada, no hay plazo para solicitar la prórroga, por lo que cualquier persona encarcelada puede tramitar la prórroga y renovación al salir de prisión sin tener que superar de nuevo las pruebas. Por tanto, no se ocasiona ningún perjuicio al interno, que podrá renovar el permiso de conducir cuando salga en libertad, o en su caso, en las salidas de permiso ordinario, cumpliéndose de esta forma la finalidad de preparar su vida en libertad, responsabilizándose de trámites y gestiones destinadas a su reinserción social.

De todo ello se desprende que la actuación de la Administración Penitenciaria ha sido correcta.

Se desestima la queja del interno F.S.O.B.

### **137.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL SALAMANCA DE FECHA 16/12/08**

#### **Adquisición de TV con descodificador digital por demandaduría.**

Con fecha 29 de octubre de 2008, y por el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue: “Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el interno J.P.S.R., contra el Auto de este Juzgado de fecha 1 de octubre 2008, dictado en nuestro procedimiento que se confirma íntegramente. Se tiene por interpuesto por dicho interno recurso de apelación, con carácter subsidiario, contra la presente resolución, y se acuerda requerir al mismo para que, en el término de tres días designe letrado y procurador de su libre elección, bajo apercibimiento de que, de transcurrido dicho término sin hacer manifestación alguna, le será designado Abogado de oficio, quien también tendrá habilitación legal para su representación, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/03, que modifica la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y al Sr. Director del Centro Penitenciario de Topas, para su conocimiento y cumplimiento delegando en él la notificación al interno, haciéndose constar que contra la presente resolución cabe recurso de

apelación en el término de cinco días, en este Juzgado, para ante la Audiencia Provincial.”

El motivo de la queja y del recurso de interno, es, como claramente señala en su escrito formalizando recurso de apelación el propio interesado, la adquisición de un nuevo aparato de Televisión, una vez que el que tenía ha dejado de funcionar. Al respecto, dice, en el economato del Centro Penitenciario de Topas, únicamente existen aparatos de una misma marca y todos analógicos, pero él quiere, ante la cercanía del apagón analógico, adquirir una televisión con decodificador digital integrado.

Y ello por cuanto tanto el Centro como el Juzgado de Vigilancia le han negado la posibilidad de comprar un aparato de tales condiciones, señalando que los aparatos de TV. se encuentran entre los artículos que se expenden a través del Economato del Centro y que no concurre situación de necesidad para solicitarla por demandaduría, según precisa el artículo 304 del Reglamento.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso por las propias razones alegadas por el recurrente.

El objeto del régimen penitenciario para los internos penados, está configurado como un medio para obtener un fin, que no es otro que el del tratamiento penitenciario, como instrumento en manos de la institución penitenciaria para conseguir la finalidad atribuida a la pena, en la propia norma constitucional, de reeducación y reinserción social.

Por régimen penitenciario, se ha de entender el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los centros penitenciarios, determinando los derechos y las prestaciones que corresponden al recluso, en general; su finalidad es, pues, conseguir una convivencia ordenada en los centros o establecimientos, que permita el cumplimiento de los fines previstos en las leyes, y el tratamiento penitenciario para los penados.

En este sentido, con relación a la tenencia de objetos por los internos, se precisa una cierta seguridad en torno a los que pueden tenerse o no, y ello con independencia de que se encuentren en uno u otro centro, de tal modo que es rechazable que las normas de cada Centro Penitenciario establezcan, con carácter particular, supuestos distintos a los de las normas generales.



En relación con el caso concreto, está perfectamente acreditado que el interno recurrente disponía de aparato de televisión y que el mismo ha dejado de funcionar. Se trata consecuentemente de sustituir el receptor de TV; tal es el deseo del interno; y para ello éste no se puede ver compelido por las limitaciones que, sin justificación asumible, pretenden imponerle en el Centro, máxime si tenemos en cuenta la naturaleza del bien en cuestión -se adquiere con ánimo de tenerlo durante cierto tiempo- y las razones que alega el interno para no adquirirlo en el economato.

Ello supone que, no estando ante un típico producto adquirible en el economato, máxime si en éste no lo hay de las características dichas, -apto para recibir la señal digital-, no sea admisible la alegación que se le ha hecho de que no concurre causa de necesidad. En realidad, como se ha dicho, el interno tenía aparato de televisión, éste ya no funciona, y las razones que alega para adquirirlo de fuera del economato, son perfectamente entendibles y atendibles, sobre todo no constando que con dicha compra se altere orden alguno en el Centro.

Procede, por tanto, estimar el recurso, y declarar, tal como se pide, el derecho del interno a adquirir a su costa un televisor apto para recepción de señal digital, dada su inexistencia en el economato del propio Centro.

No se hace expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Parte dispositiva, la sala acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el interno J.P.S.R., contra los Autos de fechas 1 y 29 de Octubre del presente año, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León con sede en Salamanca; en su consecuencia, se admite la queja presentada en su día por dicho interno, y se declara el derecho del mismo a adquirir a su costa un televisor apto para recepción de señal digital, el cual se articulará vía demandadero, o por encargo directo al centro expendedor. No se hace expresa imposición de costas.

**138.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE  
OCAÑA DE FECHA 03/11/09**

**Estima queja sobre disposición de una televisión que posee en el exterior.**

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno E.J.F.G. del Centro Penitenciario OCAÑA I formulando queja.

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja, habiéndose dado traslado al interno del informe del Centro Penitenciario para alegaciones en el plazo de cinco días, sin que lo haya hecho.

En el presente caso el interno formula queja solicitando autorización para disponer de un televisor que posee en el exterior, alegando el Centro Penitenciario que su negativa a la entrada del aparato se debe a que las normas de régimen interior del Establecimiento disponen que la adquisición de estos aparatos deberá realizarse, en todos los casos, a través del Economato o del Servicio de Demandaduría.

Para la resolución de esta queja ha de tenerse en cuenta la jerarquía normativa para concluir si en relación con la cuestión planteada las referidas normas de régimen interior o las Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias tienen fuerza normativa bastante en detrimento de lo dispuesto en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

El artículo 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que “los internos tiene derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento. Asimismo estarán informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas”.

El artículo 55.3 se refiere a las máximas facilidades que ha de dar la Administración Penitenciaria para el uso de la radio y televisión a efectos de que los internos puedan seguir cursos.

Por su parte, el artículo 12.8 del Reglamento Penitenciario dispone que los penados o internos “también estarán informados a través de audiciones radiofónicas y televisivas”.

Pero es más, el propio Centro Penitenciario reconoce la posibilidad de adquisición de receptores de televisión, o de otro material audiovisual, a través del servicio de demandaduría.

Ahora bien, imponer que todo receptor de televisión que se quiera usar o poseer dentro del Centro Penitenciario haya de ser comprado por el interno a través del servicio de demandaduría, impidiendo la entrada de un receptor que ya se posee, es una imposición no razonable que no puede ser aceptada. Es evidente que el receptor y sus componentes habrán de ser inspeccionados en forma y posteriormente lacrados por el Servicio Técnico externo que designe el Centro Penitenciario, debiendo correr el interno con los gastos que se ocasionen, pero imponerle la adquisición de otro aparato ex novo carece de fundamento legal y constituiría una desviación de poder de la Administración.

Por último, según consta en el informe obrante en el expediente, el interno dispone ya de otro televisor, por lo que la autorización del nuevo aparato solicitado está supeditada a la previa entrega de la televisión de la que ya dispone.

Se estima la queja del interno E.J.F.G. autorizando al mismo a disponer del televisor que posee en el exterior, debiendo ser inspeccionado el aparato y todos sus componentes por el Servicio Técnico externo que designe el Centro Penitenciario, corriendo el recluso con todos los gastos que se ocasionen. Esta autorización queda supeditada a la previa entrega por parte del interno del televisor de que ya dispone.

**139.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE  
FECHA 03/09/09**

**Desestima recurso por no haber sido atendida la petición de entrevista  
por el Psicólogo**

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en auto de 13 de febrero desestimó queja del interno por no haber sido atendida su petición de entrevista con psicólogo del equipo técnico.

Recurrió en reforma, que fue desestimada por Auto de 10 de marzo de 2009.

Ha interpuesto recurso de apelación y, dado traslado al Ministerio Fiscal, ha sido remitido el expediente a esta Audiencia para su resolución.

La solicitud fue hecha el 2 de diciembre de 2008 y reiterada el 9 de enero de 2009 si atendemos a lo que alega en interno. Si el reconocimiento tuvo lugar el 29 de enero, aunque fuera posterior a la queja, el número de internos a que debe atender la profesional y el no tratarse de un asunto de especial urgencia lleva a entender que no ha existido una desatención sino un retraso explicable y en definitiva a desestimar el recurso.

La Sala acuerda

Desestimar el recurso interpuesto contra el auto dictado en el expediente de referencia por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se confirma.

**140.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 22/12/09**

**Dispone que el centro entregue un paquete de tabaco semanal al interno hasta completar los 31 que tiene recibidos.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno J.S.M.R., por retención tabaco.

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.

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.

Considerando que el tabaco no es un objeto prohibido y a fin de evitar “negociaciones” con el mismo, se estima procedente que el Centro Penitenciario entregue 1 paquete semanal al interno hasta completar los 31 paquetes que tiene retenidos.

Se estima parcialmente la queja del interno J.S.M.R.

**141.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 5 DE FECHA 28/09/09**

**Salidas al patio en solitario. Desestima la queja.**

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno A.V.M. del Centro Penitenciario Madrid VII formulando queja sobre salidas al patio.

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 previsto en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso y examinada la queja formulada por el interno A.V. M. sobre salidas al patio en solitario y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario Madrid VII, procede su desestimación, tal y como ha solicitado el Ministerio Fiscal, pues consta que al principio el interno salía al patio acompañado de otro interno, quien renunció a salir con él por haber sido amenazado por aquél, indicándose que, del mismo modo, ninguno de los otros internos de su modalidad de vida, quiere salir con él al patio, seguramente por parecidos motivos.

Por otra parte, consta que el interno quejoso renuncia numerosos días a salir al patio sus horas correspondientes; por lo que, en definitiva, no se objetiva abuso de poder ni desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria.

Se desestima la queja del interno A.V.M. del Centro Penitenciario Madrid VII, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

# ***ÍNDICE ANALÍTICO***





## **ACUMULACIÓN**

- No aprobación de licenciamiento definitivo interesando nueva propuesta conforme a la sentencia del Tribunal Supremo “Henri Parot”. Recurrida en casación. No se admite.: § 1

## **BENEFICIOS**

- Denegación por pertenecer a organización criminal, modifica condiciones del tercer grado.: § 9
- Desestima la pretensión de tramitación de indulto (artículo 206 del Reglamento Penitenciario), por no participación en programas de reeducación y reinserción en delito Contra la Salud Pública.: § 4
- Estima queja del interno sobre adelantamiento de libertad condicional sin previa propuesta del centro penitenciario.: § 8
- La solicitud al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la tramitación de indulto particular es una potestad de la Junta y no un derecho del interno.: § 5
- Libertad condicional adelantada a disfrutar en su país de origen.: § 6
- Libertad condicional adelantada por el cumplimiento continuado de actividades en programa de desintoxicación.: § 7
- Otorga el amparo por no concurrir la exigencia constitucional de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que afecten a un derecho fundamental (libertad) “baja en redención”.: § 2

- Redención extraordinaria. Se deniega porque el interno no realiza ninguna actividad relacionada con el delito que cometió que ponga de manifiesto un extraordinario esfuerzo rehabilitador.: § 3

## CLASIFICACIÓN

- Acuerda aplicación de dispositivo telemático.: § 15
- Aplicación a extranjero para que trabaje fuera de la prisión. Validez de autorización de trabajo a la resolución en 2º grado artículo 100.: § 24
- Aplicación artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario al considerarlo mas ajustado a su situación personal; concurrencia de factores positivos pero “carece de arraigo social y profesional”.: § 21
- Aplicación de la modalidad del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario por insuficiencia de plazas en CIS y Secciones Abiertas.: § 16
- Aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario en base a los factores favorables concurrentes.: § 23
- Aplicación del principio de flexibilidad para proceder gradualmente a la progresión a tercer grado dada la gravedad del delito.: § 22
- Desestima recurso del fiscal basado en la ausencia de pago de responsabilidad civil.: § 12
- Estima recurso del fiscal contra acuerdo de progresión a 3º grado. Necesita una mayor contención ya que no se aprecia una evolución suficientemente favorable”.: § 19
- Estima recurso del fiscal contra acuerdo de progresión a 3º grado al estimar el riesgo de reincidencia muy elevado.: § 18
- Estima recurso del fiscal contra acuerdo de progresión a 3º grado por la naturaleza del hecho y encontrarse el penado en periodo inicial de cumplimiento.: § 17
- Estima recurso por pronóstico medio-bajo y desconocerse la naturaleza del delito cuyo enjuiciamiento se encuentra pendiente.: § 10

- Estima recurso y acuerda en 3º grado por enfermedad grave e incurable (parkinson) siendo la posibilidad de delinquir “nula”.: § 13
- Estima recurso. Cuestiona la aplicación retroactiva del requisito de la responsabilidad civil.: § 11
- No se autoriza artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, dado que el programa que se propone puede llevarse a cabo por la vía del artículo 117 del Reglamento Penitenciario.: § 25
- Progresión a 3º grado por enfermedad muy grave con padecimientos incurables; lesión medular con incidencia sobre capacidad ambulatoria.: § 14
- Regresión a 2º grado por elevado riesgo de reincidencia delictiva y recaída en el consumo de alcohol.: § 20

## COMUNICACIONES

- Autoriza comunicaciones con esposa, víctima del delito, al no existir base legal para denegarlas.: § 30
- Autoriza comunicaciones con esposa. Establecidas por voluntad de ésta no determinan incumplimiento (quebrantamiento) de la condena: § 31
- Caso contra Reino Unido. Sentencia de 02/06/09. Control de la correspondencia del interno con su médico especialista en el exterior. Violación existente.: § 26
- Concepto de allegado.: § 36
- Desestima queja del interno sobre comunicaciones con su madre.: § 33
- Desestima queja sobre comunicaciones familiares con hermano y madre de pareja sentimental.: § 34
- Desestima queja sobre suspensión de comunicación con sus padres pese a no estar vigente la orden de alejamiento.: § 32
- Desestima recurso por haber decaído el motivo del mismo pero entra en el análisis de las “ telefónicas con amigos”.: § 28

- Desestima recurso. Analiza entre otras cuestiones, uso injustificado de pruebas radiológicas, Cacheos indiscriminados, Prácticas que vulneran la intimidad y Sistema de gestión de visitas.: § 27
- Estima la queja disponiendo que las de convivencia se concedan con carácter mensual.: § 37
- Estima queja del interno sobre “normas que regulan telefónicas”.: § 29
- Estima queja. Comunicación de convivencia con hijo menor de 7 años acompañado de su cuñada.: § 35
- No ajustado a derecho el acuerdo de restricción. Síntomas de consumo de drogas tras una comunicación familiar -duda razonable-.: § 38

## DERECHOS

- Caso contra Francia. Demanda de un ciudadano francés por la incorporación de sus datos personales en un registro de condenados por delitos sexuales tras haber cumplido ya la pena. Violación inexistente.: § 42
- Caso contra Polonia. Denegación de permiso para asistir al funeral de su padre. Violación existente.: § 40
- Caso contra España. Dilaciones indebidas. Violación existente.: § 41
- Caso contra Italia. Régimen penitenciario especial. Estimación parcial de la demanda.: § 39
- Derecho a ser informado situación procesal y penitenciaria no del protocolo.: § 47
- Estima la queja. Deberá entregarse al interno copia de los informes psicológico y educativo, así como el programa individualizado de tratamiento.: § 46
- Estima queja del interno por vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Entrevista por el psicólogo conjuntamente con otros internos.: § 44
- Estima queja por retención de postales.: § 45

- Inadmisibilidad de la demanda de amparo por la nueva exigencia de fondo que para su admisión establece el artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo.: § 43
- Readmisión en modulo familiar al no considerar válidos los positivos obtenidos por la técnica del parche en la realización de las analíticas.: § 48

## **EXTRANJEROS**

- Autoriza renovación permiso pese a constarle antecedentes penales.: § 51
- Caso contra España. Sustitución de la pena por expulsión. Aplicación automática de la nueva redacción del artículo 89 sin escuchar al demandante. Violación existente.: § 49
- Deniega autorización de residencia permanente por falta de arraigo familiar y antecedentes penales.: § 50

## **FIES**

- Actualización temporal que implique al menos una revisión semestral.: § 53
- Desestima queja sobre inclusión en FIES.: § 54
- Nulidad de pleno derecho del apartado I de la Instrucción 21/96 de 16 de diciembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.: § 52

## **JUEZ VIGILANCIA**

- Audiencia de los internos.: § 58
- Cuestión de competencia. Orden de busca y captura competencia del Tribunal sentenciador.: § 55

- Cuestión de competencia. Seguimiento y control de la medida de tratamiento externo competencia del tribunal sentenciador.: § 57
- Cuestión de competencia: autorización de salidas terapéuticas durante el cumplimiento de medida de seguridad de internamiento.: § 56

## **LIBERTAD CONDICIONAL**

- Autoriza al penado a viajar a Portugal (15 días) durante al libertad condicional.: § 60
- Concesión “pese a no tener trabajo”.: § 59
- Considera la libertad condicional un “beneficio excepcional”.: § 62
- No revocación pese a cambiar fechas de cumplimiento por aplicación de la “doctrina Parot”.: § 66
- Revocación de la libertad condicional al dejar de concurrir la buena conducta (artículo 90.1 del Código Penal) por sanciones.: § 65
- Revocación de libertad condicional por “documentación falsa”.: § 64
- Revocación de libertad condicional por nueva causa.: § 63
- Se deniega por no ser favorable el pronóstico final.: § 61

## **LIMITACIONES REGIMENTALES**

- Aplicación indebida del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.: § 67
- Estima la queja declarando la ilegitimidad de la medida de aislamiento impuesta vía artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.: § 69
- La duración indeterminada de la medida no goza de cobertura legal.: § 68

## **LOCALIZACIÓN PERMANENTE**

- Cumplimiento simultaneo.: § 70
- Cumplimiento simultaneo.: § 71
- Pena de Localización Permanente a cumplir en Centro Penitenciario al no localizarse al penado.: § 72

## **MEDIDAS DE SEGURIDAD**

- Mantenimiento de la medida de internamiento en centro de deshabitación a cumplir en el módulo correspondiente del Centro penitenciario.: § 73

## **PERMISOS**

- Cómputo de permisos.: § 88
- Concesión al estimar bajo el riesgo de quebrantamiento.: § 74
- Concesión pese al positivo a opiáceos al regreso del último permiso.: § 81
- Desestima recurso, pero requiere al Centro Penitenciario y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a “dar explicaciones sucintas pero suficientes de las causas concretas de denegación”.: § 84
- Estima la queja por proximidad fechas de las 3/4 partes y tutela de Proyecto Hombre.: § 80
- Estima queja del interno sobre notificación del acuerdo denegatorio de permiso, debe precisar si se adopta por unanimidad o mayoría.: § 86
- Estima recurso en base al acuerdo favorable de la Junta, concurrencia de los requisitos objetivos e inoperabilidad de las razones aducidas por el Juez de Instrucción.: § 78

- Estima recurso en base al disfrute de anteriores, rechazando la “concurrentencia de variables cualitativas desfavorables” y que “tenía que haber dado positivo en benzodicepinas”.: § 75
- Estima recurso y concede permiso extraordinario “para asistir al bautizo de su hija”.: § 87
- Estima recurso, no suficientemente fundados los motivos de denegación: lejanía de fechas, necesidad de mayor periodo de observación, tipología y gravedad de la condena, responsabilidades pendientes, interno dominicano, orden de alejamiento, entre otras.: § 79
- Estimación de queja. Proximidad fechas de cumplimiento, la gravedad del delito ya se tuvo en cuenta en la sentencia y pese a la condición de extranjero que le acoge Pastoral Penitenciaria.: § 82
- Estimación del recurso en base al disfrute previo de otro permiso sin incidencias y entre otras razones de humanidad.: § 76
- No autoriza permiso propuesto por junta “por gravedad de la tipología delictiva y larga extensión de condena”.: § 83
- No autoriza permiso propuesto por la Junta de Tratamiento, pese al buen aprovechamiento, al parecer, de un permiso anterior.: § 85
- No confirma suspensión del permiso pese a haber sido sancionado el interno por falta grave.: § 90
- Rechaza como circunstancias desfavorables “la gravedad delictiva” y la “Trayectoria delictiva”, ya tenidas en cuenta por los tribunales sentenciadores.: § 77
- Se estima la queja del interno sobre estudio de los permisos. Deberá realizarse una vez por trimestre.: § 89

## **PRISIÓN PROVISIONAL**

- Abono de prisión preventiva por aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008.: § 93



- Abono de prisión provisional. Doble cómputo según Sentencia 57/08. Referencia a la nueva redacción del artículo 58 del Código Penal en el Proyecto de Reforma del Código Penal.: § 91
- Doble abono de prisión preventiva.: § 92
- No abono: § 95
- No aplica el “doble abono” Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008. Al entrar a examinar las circunstancias concretas de cumplimiento y entender que de la concurrencia de la condición de penado y preventivo no se derivaron perjuicios para el interno.: § 94
- No autorización de excarcelación para visitar a su hermano en la UCI.: § 97
- No ha lugar abono: § 96

## **QUEBRANTAMIENTO CONDENA**

- Absolución por el delito de quebrantamiento. Consentimiento de la víctima.: § 100
- Absolución por el delito de quebrantamiento. Reanudación voluntaria por parte de la víctima de la convivencia con el acusado, pese a estar vigente una pena de prohibición de aproximarse a aquella impuesta en sentencia firme.: § 98
- Delito de quebrantamiento. El consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad.: § 99

## **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

- Calificación 109-a y no 108-b por la menor entidad de los hechos, lo genérico de las expresiones y el estado del interno.: § 104
- Calificación 109b y no 108 al “negarse a salir de celda”.: § 103
- Calificación 109-i y no 109-a “la ingesta de cuchillas”.: § 106
- Calificación 110-f y no 109-b, “tia buena” no es un insulto.: § 105

- Calificación como falta leve (110-e) y no grave (109-b) la posesión de mayor número de pastillas que las prescritas.: § 107
- Calificación como falta leve y no grave (109-a ). Hechos constitutivos de desconsideración leve sin una amenaza expresa.: § 108
- Correcta calificación de la sanción, 109-b. Rebaja la sanción.: § 109
- Deja sin efecto la sanción (109-F) por reconocimiento del compañero de celda, “la fruta fermentada era suya”.: § 115
- Deja sin efecto la sanción por falta 109-h al estimar que “una carta carece de proyección de difusión”.: § 112
- Deja sin efecto la sanción por falta de prueba del conocimiento de la prohibición.: § 113
- Dejar sin efecto la sanción por falta 108-c al apreciarse estado de “anormalidad psíquica” por intoxicación.: § 114
- Desestima la demanda de amparo. Supuesta vulneración de los derechos de revisión a la tutela judicial efectiva y a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador.: § 101
- Estima parcialmente la demanda. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales estereotipadas. Mantiene la validez de los acuerdos administrativos sancionadores.: § 102
- Estima parcialmente recurso rebajando la sanción impuesta.: § 110
- No autoriza sanción de aislamiento superior a 14 días al revocar la sanción.: § 118
- No ha lugar a la suspensión de plazo al no ser preceptiva la intervención de Letrado.: § 117
- Revoca la sanción al no probarse “el animus” y existir duda razonable.: § 116
- Revoca la sanción por falta 108-e. Inexistencia de falta. “No reingreso al centro tras permiso estando evadido más de seis meses”.: § 111

## **SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO**

- Desestima la queja por falta de seguridad al haber sido agredido por otro interno.: § 120
- Desestima la queja sobre “recuentos nocturnos”.: § 121
- Desestima queja sobre denegación de Play Station.: § 122
- Estima la queja sobre autorización para adquirir video consola Play Station II por demandaduría.: § 123
- Estima la queja sobre registro en celda sin estar presente el interno. Vulneración de los derechos de defensa, contradicción e intimidad.: § 119

## **TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD**

- Autoriza el plan propuesto por la Administración Penitenciaria “cada sábado o cada domingo cumplirá 3,7 jornadas”. Oposición del ministerio fiscal.: § 127
- Delimitación de competencias entre el Juzgado de lo Penal y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.: § 124
- No prescripción.: § 126
- No puede ejecutarse la pena por incapacidad permanente total.: § 128
- Prescripción.: § 125

## **TRASLADOS**

- Ordena el reingreso al Centro Penitenciario del que había sido trasladado.: § 129
- Propuesta a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de la anulación de traslado.: § 130

## OTROS

- Adquisición de TV con descodificador digital por demandaduría.: § 137
- Desestima queja por no tramitación de la renovación del carnet de conducir.: § 136
- Desestima recurso por no haber sido atendida la petición de entrevista por el Psicólogo: § 139
- Dispone que el centro entregue un paquete de tabaco semanal al interno hasta completar los 31 que tiene recibidos.: § 140
- Estima queja del interno por estancia prolongada en módulos de ingresos (dos meses aproximadamente).: § 135
- Estima queja sobre disposición de una televisión que posee en el exterior.: § 138
- Internos transexuales. Confirma traslado a módulo de mujeres, en consonancia con su inscripción registral.: § 133
- Reducción de la pensión no contributiva por gastos de manutención en el Centro Penitenciario.: § 132
- Revocación de licenciamiento definitivo con fundamento en el perjuicio causado por aquel en las fechas de cumplimiento.: § 131
- Salidas al patio en solitario. Desestima la queja.: § 141
- Traslado del compañero de celda a enfermería por enfermedad mental.: § 134







