

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2016



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2016**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2016

I.^a edición
Noviembre de 2017



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

Elaboración y Comentarios:

Leonor Morales-Arce Morillo-Velarde
Jurista de la Central Penitenciaria de Observación

Tratamiento Informático:

Vicente Fernández Fernández
Jefe de Sección de la Central Penitenciaria de Observación

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica



Imprime:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario
y Formación para el Empleo



Maquetación e Impresión:

Taller de Artes Gráficas
Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



DNV CERTIFICA QUE EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN IMPRESIÓN, ARTES GRÁFICAS, DISEÑO Y CONFECCIÓN INDUSTRIAL ES CONFORME A LA NORMA ISO 9001:2008. CENTROS DEL ALCANCE: MADRID I, MADRID III, MADRID V, TOPAS, EL DUESO, CÓRDOBA, JAÉN, SEGOVIA, OCAÑA I, OCAÑA II, MONTEROSO Y LA GERENCIA DE LA EETPFE.

N.I.P.O.: 126-15-041-8

N.I.P.O. Web: 126-15-040-2

Depósito Legal: M-25670-2012



En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

PRÓLOGO

Esta edición de un nuevo ejemplar de la colección “JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA” correspondiente al año 2016, tiene como objetivo el de poner a disposición de los profesionales, estudiosos y operadores jurídicos del sistema penitenciario una recopilación sistemática y actualizada de las resoluciones judiciales que se han dictado ratificando o rectificando las decisiones adoptadas por la Administración penitenciaria en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el primero de los preceptos de la ley penitenciaria.

En esta nueva edición se recopila una amplia jurisprudencia sobre distintos aspectos relacionados con el cumplimiento de la condena, entre ellos:

El de la acumulación jurídica, donde se recogen varias sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que coinciden en la denegación de la posibilidad de acumular condenas impuestas en España con otras impuestas en otro Tribunal de la Unión Europea.

*El de la clasificación penitenciaria en grados, sin duda la resolución administrativa más importante, en cuanto que la misma condiciona el modelo de cumplir la pena privativa de libertad, y afecta al **status jurídico** del interno.*

El de las comunicaciones y visitas, una temática incardinada en el derecho del interno a no romper los lazos con el mundo exterior para evitar una desvinculación que podría dificultar la futura integración social de éste cuando salga en libertad. En esta temática la jurisprudencia del año 2016, ha incidido en la necesidad de

definir y acotar el término de allegado, así como en el uso de la videoconferencia.

El de los derechos e intereses legítimos de los reclusos, en este marco han sido abordadas por la jurisprudencia cuestiones tales como: las condiciones que debe reunir la celda y otras dependencias en que habita el interno, el traslado de pertenencias de los internos, la revisión de la condena como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el derecho a realizar determinados programas de tratamiento, cuestiones relacionadas con los ingresos de dinero en la cuenta de peculio y, por último, el controvertido tema del derecho de acceso del interno a su expediente.

El tema de la expulsión judicial, que ha sido objeto de atención, particularmente, por las innovaciones que en el artículo 89 del Código penal introdujo la Ley orgánica 1/2015 de reforma del Código penal

El tema de la libertad condicional, que ha sido abordado en numerosas resoluciones judiciales, dada la transcendencia de la reforma operada en el Código Penal por la citada Ley Orgánica 1/2015 en esta materia, que al ser considerada ahora como una forma de suspensión de la ejecución de la pena, está repercutiendo de forma notable en la esfera del cumplimiento de la condena, sobre todo en cuestiones relacionadas con el procedimiento.

El tema de los permisos penitenciarios, que siguen siendo materia de debate jurídico en todo lo relativo a la concurrencia o no de los requisitos para su concesión, particularmente, de aquellos que están más relacionados con el objetivo de preparar al interno para su futura vida en libertad.

El de la prisión provisional, donde siguen produciéndose resoluciones sobre el controvertido tema del doble cómputo de periodos de prisión en situación de preventivo y de penado.

El del reconocimiento mutuo de resoluciones penales, donde las resoluciones judiciales han abundado en la línea interpretativa de las distintas situaciones relacionadas con la aplicación por los

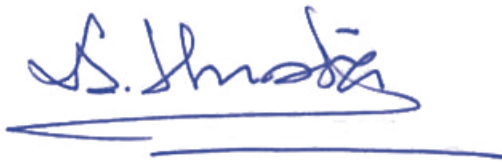
juzgados de vigilancia penitenciaria de la Ley 23/2014, de 20 de Noviembre, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

El del régimen disciplinario, donde sigue siendo habitual el pronunciamiento estimatorio de los jueces y tribunales de las quejas de los internos sobre cuestiones relacionadas con la tipificación de las infracciones disciplinarias y/o la cuantificación de las sanciones impuestas por la Administración penitenciaria.

El del trabajo en beneficio de la comunidad, donde también han existido pronunciamientos sobre cuestiones de competencia en órganos judiciales, anulaciones de planes de ejecución, pronunciamientos sobre las consecuencias del incumplimiento de esta pena etc.

Con la esperanza de que esta nueva edición tenga la excelente acogida que han tenido otras anteriores, no me resta más que manifestar mi agradecimiento a todos cuantos han colaborado para hacer posible esta nueva edición de la “JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA”, con especial referencia al jurista de la Central de Observación Don Antonio Marqués Haro, que en esta ocasión, ha sido el encargado de llevar a cabo la tarea recopiladora. Asimismo, quiero también mantener el compromiso de que esta colección siga viendo la luz año tras año, concedor de que este material impreso es de enorme provecho para la labor de buen número de profesionales.

Madrid a 8 de noviembre de 2017



***Fdo.: Ángel Yuste Castillejo.
Secretario General de Instituciones Penitenciarias***

SUMARIO

SUMARIO

Página

Prólogo	7
Sumario	13
Comentarios	17
Capítulo I: Acumulación	43
Capítulo II: Clasificación	189
Capítulo III: Comunicaciones	227
Capítulo IV: Derechos	289
Capítulo V: Expulsión	393
Capítulo VI: Juez de Vigilancia	411
Capítulo VII: Libertad condicional	419
Capítulo VIII: Limitaciones regimentales	473
Capítulo IX: Medidas de seguridad	477
Capítulo X: Permisos	495
Capítulo XI: Prisión provisional	575
Capítulo XII: Reconocimiento mutuo de resoluciones penales	619
Capítulo XIII: Régimen disciplinario	649
Capítulo XIV: Sanitaria	697
Capítulo XV: Seguridad Establecimiento	707
Capítulo XVI: Suspensión de la condena	719
Capítulo XVII: Trabajo en Beneficio de la Comunidad	743
Capítulo XVIII: Otros	791
Índice analítico	805

COMENTARIOS

Introducción

La presente edición de Jurisprudencia penitenciaria se corresponde con una anualidad en la que como es de conocimiento generalizado, ante la falta de constitución de nuevo Gobierno hemos asistido a un periodo de producción legislativa prácticamente testimonial. Ello no empece a que desde el punto de vista de las resoluciones de Juzgados y Tribunales han empezado a recaer decisiones jurisdiccionales de cierto calado respecto a la materia de nuestra incumbencia.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto la transcendencia de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 tras su plena entrada en vigor, cuya incidencia viene siendo determinante en materias tales como la desaparición de la posibilidad de sustitución de penas privativas de libertad a que se refería el derogado artículo 88 de dicho cuerpo legal; la nueva consideración de los trabajos en beneficio de la comunidad como una condición de la suspensión de la pena –según el artículo 84.1.3º–, y las consecuencias de su incumplimiento conforme al artículo 86; la continuación de los juicios por delitos leves –ante la supresión de las faltas– respecto a los procesos que se iniciaron bajo esta calificación penal; y sobre todo la importantísima reforma de la regulación de la libertad condicional, que al ser considerada ya como una forma de suspensión de la ejecución de la pena está repercutiendo ya de forma notable en la esfera de cumplimiento de los internos. En relación a los supuestos generales que dan lugar a la suspensión de la pena y todo lo relacionado con ella (procedencia, mantenimiento, revocación, etc.), hemos creído oportuno mantener el capítulo específico para organizar sistemáticamente las resoluciones judiciales que hagan referencia a este instituto.

Por otro lado, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre sobre Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, ya está pro-

duciendo resultados, lo que ha ocasionado que en este 2016 inauguremos de igual forma un nuevo capítulo “ad hoc” dedicado a ellas, donde encontramos disparidad de criterios por parte de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y los representantes del Ministerio Fiscal en orden a establecer la procedencia de la tramitación de la mencionada Ley, sobre todo en los casos de concesión de libertad condicional a internos condenados para que la disfruten en su país de origen.

En lo que respecta al interesante apartado de la acumulación jurídica de condenas, todavía sigue teniendo repercusión la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la eliminación de la doctrina Parot, pese haber recaído en 2013. En este sentido incluimos una Decisión de este Tribunal de 11-02-16 en la que se afirma que “El 12 de noviembre de 2013, la Sala de lo penal del Tribunal Supremo acordó excluir la aplicación de la doctrina Parot de 2006 a las condenas impuestas con anterioridad a esta fecha en base al Código penal de 1973. Según este acuerdo, los tribunales sentenciadores competentes deberían volver al dispositivo de aplicación de redención de penas en vigor con anterioridad a la modificación jurisprudencial de 2006. Este acuerdo venía, por tanto, a ratificar el planteamiento adoptado por las jurisdicciones sentenciadoras tras la Sentencia del Tribunal europeo. Los Tribunales españoles habrían puesto entonces en libertad a todas las personas condenadas afectadas por la aplicación de la doctrina Parot.” Circunstancia que también se da en el supuesto a que se refiere la Decisión, que si bien acuerda el archivo de las actuaciones, también reconoce que “teniendo en cuenta los documentos que posee y su jurisprudencia, el Tribunal estima razonable la suma de 2.000 euros para el conjunto de costas y gastos ante las jurisdicciones internas y el Tribunal, más toda cuantía que pueda deberse a impuestos por el demandante”.

En materia de comunicaciones llama la atención la intervención de comunicaciones a un interno radicalizado religiosamente: la resolución de la Audiencia Provincial de Huelva en su Auto de 3-09-16, a cuyo tenor “considera la Sala que se debe estimar le queja, no porque la medida adoptada carezca de fundamento, lo cual aún desconocemos, sino porque dicho fundamento debe ser suficientemente expuesto y razonado por la Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a poder adoptar la decisión precedente respecto a su confirmación o cese.”

Respecto al apartado de Derechos merece ser destacada la línea jurisprudencial que ha aparecido respecto al uso por internas del pañuelo islámico, también llamado hiyab, (cfr. Auto 19-12-16 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, entre otros que no hemos incluido por tener el mismo contenido), donde se afirma que “no existe Instrucción ni norma alguna dictada sobre dicha cuestión, no cabe sino la estimación de la queja formulada, pues la salvaguarda del derecho a la libertad religiosa, en cuanto libertad del individuo y la prohibición de cualquier discriminación por razón de ideología o creencias, o razones culturales, consagrada en nuestra Constitución, es perfectamente compatible con las exigencias de seguridad interior y orden invocadas por el Centro Penitenciario, ya que además de eso el pañuelo islámico o “hiyab” deja completamente visible lo zona de la cara, resulta posible la retirada del pañuelo en aquellos supuestos puntuales en que resulte necesario, para la práctica de un cacheo o para una mejor identificación personal; y la mejor prueba de dicha compatibilidad, es que el uso del pañuelo musulmán no plantee problemas en otros Centros Penitenciarios.”

Encontramos asimismo resoluciones a demandas concretas que resuelve la jurisdicción de los Juzgados de Vigilancia, tales como la solicitud de una dieta vegana en prisión, a lo que responde el Auto del 3-02-16 del Juzgado Central de Vigilancia disponiendo que “atendiéndose en lo posible a las convicciones personales del interno, se le proporcione una dieta que respete dichas convicciones, sin perjuicio de que el mismo pueda complementar el racionado a través del servicio de economato.”

La trascendencia de la Ley sobre el Estatuto de la Víctima del delito, ya ha sido tenida en cuenta en alguna resolución como el auto del Juzgado de Vigilancia de Villena de 29-01-16, donde se concede un permiso, y ante la ausencia de solicitud de la víctima en tal sentido, no considera el magistrado necesario informarla, haciendo la observación siguiente: “Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a la víctima para formular, en todo momento y ante este Juzgado, la solicitud del artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015”.

Merece también ser subrayada la resolución que se adopta por parte del auto de 10-03-16 de la Audiencia Provincial de Alicante donde reconoce el derecho a compensar una medida cautelar de alejamiento mediante tiempo de estancia en prisión. En este caso el tribunal considera –en concordancia con las sentencias del Tribunal Supremo de 26-01-13,

12-11-14 y 17-03-15– al razonar que si bien “No constan acreditados los perjuicios concretos que dicha medida puede haber producido al reo (acceso a domicilio, lugar de trabajo, lugares a los que habitualmente acudiera...), pero no cabe duda tiene un efecto restrictivo de derechos, por ello, estimamos que los veinte días de duración deben compensarse con un día a efectos de la ejecutoria de esta Sala, salvo que se hubiera compensado en otra causa.”

Acumulación

Encontramos en este apartado distintas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional cuanto del Tribunal Supremo, que coinciden en la denegación de la posibilidad de acumular condenas impuestas en España con otras impuestas en otro tribunal de la Unión Europea (UE), tales como el auto del Tribunal Constitucional de 20-09-16 que reconoce que “la creación de una situación normativa favorable a la aplicabilidad de las condenas en Francia, consolidada jurisprudencialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, fue provocada por la desidia del Estado español que no transpuso en tiempo las posibilidades de excepcionar o limitar el principio de reconocimiento mutuo recogidas en el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, obligando a que se interpretaran las reglas de acumulación del Código Penal de conformidad con una norma cuya vocación era establecer como regla general la toma de consideración de esas resoluciones en aplicación del principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca.” Añadiendo que “Los errores, las decisiones o la desidia del legislador español no pueden ser enmendadas por los órganos judiciales a consta del sacrificio de los derechos fundamentales. Cuando eso sucede, es labor del Tribunal Constitucional remediarlo sin esperar la decisión de otras instancias jurisdiccionales internacionales.” Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala de lo Penal de 10-02-16 que tras fundamentar minuciosamente la interpretación del artículo 76 del Código Penal concluye diciendo: “Es interpretación razonable considerar acumulables únicamente sentencias nacionales o sentencias extranjeras que en virtud de mecanismos de cooperación internacional han de ser ejecutadas en España amoldándolas a nuestro sistema; sin asimilar a estos efectos las condenas cumplidas en otros países con sistemas diferentes.”

En cuanto al límite máximo de cumplimiento hemos recogido el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 29-04-16, que ante una multiplicidad de causas, algunas pendientes, reconoce que “Es también reiterada la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 27-1-15 según la cual los autos de acumulación no producen efecto de cosa juzgada, de manera que la existencia de acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles, asimismo, de acumulación. En estos casos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación, dictada conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de dictarse un nuevo Auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas. Aunque la nueva acumulación que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada.” De forma que en este supuesto admite la acumulación de las causas y “la refundición de todas las penas en el límite máximo legal del artículo 58 Código Penal de 20 años de prisión”.

Clasificación

Se encuentran resoluciones favorables a la progresión tales como el Auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 8-01-16 que valora factores favorables como: “la asunción de su responsabilidad delictiva, ha mantenido hasta la actualidad una conducta plenamente ajustada a las exigencias del ordenamiento jurídico, permaneció en el régimen previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario con salidas al exterior, durante las cuales observó siempre una conducta intachable, destacada participación en las actividades del Establecimiento penitenciario, no presenta problemática toxicofílica ni psicopatológica que pudieran perjudicar un proceso normalizado de reinserción; proceso que se ve fortalecido por el hecho de que el interno está socio-familiarmente bien integrado y posee recursos para hacer frente a sus necesidades y a las de su familia. El Auto del Juzgado de Vigilancia de Baleares de 28-06-16 también es favorable a la progresión a tercer grado pero condicionado a “que la interna suscriba compromiso de pago de la responsabilidad civil y efectúe puntualmente los

ingresos que en mismo se establezcan, los cuales deberán ser acordes a su capacidad económica real, más allá de la resolución judicial que decreta su insolvencia, evidenciada en hechos tales como la defensa por Letrado de designación particular en este expediente o el disfrute de asistencia médica privada.”

El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25-01-16 deniega la aplicación del régimen ordinario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.2 del Código Penal, fundamentándolo en: la extrema gravedad de los delitos por los que penado resultó condenado a una pena de sesenta y cuatro años de prisión; la extrema peligrosidad puesta de relieve por el penado; que la pena a cumplir en el caso que nos ocupa, 20 años de prisión, resulta inferior a la mitad de la suma del total de las impuestas –32 años de prisión–; la extensión de la pena impuesta ponderada con el tiempo cumplido y el tiempo que aún le resta por cumplir, por cuanto el penado no ha cumplido aún las dos terceras partes de la condena; y que no concurre el previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no habiendo propuesto la Junta de Tratamiento medida alguna ni emitido informe en este sentido, encontrándose el penado clasificado en segundo grado penitenciario.

Aparecen también resoluciones contrarias a la progresión, tales como el Auto de 30-11-16 de la Audiencia Provincial de Almería, que tras hacer la reflexión de que “No debemos olvidar que el tercer grado penitenciario no es un derecho de gracia, ni un indulto atenuado, sino que es una modalidad de cumplimiento, cuando se ha progresado en otras fases iniciales, periodo de observación, de integración, de readaptación social y el último de libertad condicional.” En el caso concreto que analiza afirma que “es esencial que no haya asumido la comisión de los delitos por los que viene cumpliendo condena. (...) Dicho de otra forma, difícil si no imposible es detectar posibilidad de reeducación y de reinserción en quien no asume la comisión de hechos que fueron objeto de su condena. Resulta, por tanto, prematura la progresión al tercer grado, tal como razonó el Juez de Vigilancia.”

Concluimos capítulo con el Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 19-05-16 que deniega la aplicación de los medios telemáticos ex artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario a un interno ya destinado en el CIS, ordenando que el control se haga directamente por el propio CIS “sin per-

juicio, claro está de que se acuerde por dicho Centro un horario de salidas que se ajuste al horario laboral del penado”.

Comunicaciones

Abrimos este apartado aludiendo a la referencia hecha anteriormente al Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 3-06-16 sobre intervención de comunicaciones a interno radicalizado religiosamente, donde se desestima por voto mayoritario el recurso de apelación interpuesto contra tal intervención.

Son varias las resoluciones que tratan el aspecto de la comunicación con allegados, donde se realizan esfuerzos semánticos en aras a definir y acotar el término. Extraemos distintas aseveraciones literales en este sentido: “Con estas visitas, que se han mantenido a lo largo de los años pese a la distancia, hay que aceptar que los lazos de amistad se han ido estrechando hasta merecer la consideración de allegados”, “Allegado es la persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza. Nada más. Es decir, un amigo querido y estimable”. ”La consideración como allegado, proporcionalmente habría da establecerse, en una persona que se corresponda con un segundo grado de parentesco (Sentencia del Tribunal Constitucional 128/13 de 3-6-13) y/o con un amigo de características especiales. Es evidente que la mera amistad no permite la calificación de allegados.” (Autos de la Audiencia Nacional, Sección 1ª de 23-02-16 y 10-10-16, y de 29-09-16 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada).

Respecto a la posibilidad de comunicar a través de videoconferencia, encontramos un distinto tratamiento por parte de la misma instancia judicial dependiendo de qué tipo de comunicación se trate. Así el Juzgado de Vigilancia de Burgos, en Auto de 21-09-16 autoriza una comunicación ordinaria con la esposa del interno en el mismo centro; mientras que en otro auto de 28-09-16 deniega una comunicación extraordinaria por medio del sistema citado.

En el ámbito de las comunicaciones familiares, se han seleccionado dos autos reconociendo al interno el derecho a comunicar con sus familiares de manera conjunta con su cónyuge también preso en el mismo establecimiento (Auto de la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 1ª de 12-01-16 y Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de

22-12-16). En sentido contrario, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Burgos de 29-09-16 deniega la queja acerca de autorizar comunicaciones familiares sólo con su esposa, ya que la finalidad de éstas es desarrollar las relaciones familiares, evitando, los efectos nocivos la reclusión; y la comunicación a solas con su esposa es una comunicación íntima cuyo objetivo es otro (facilitar la relación afectiva y sexual entre cónyuges o parejas establecidas).

Respecto al límite de las llamadas posibles que los internos pueden efectuar desde su centro penitenciario, se distinguen por un lado, las llamadas genéricas, a las que el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 2-01-17 confirma su limitación vigente a ocho –para el caso de las llamadas intervenidas–; y por otro lado, las llamadas al abogado, a las que el Auto de la sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19-10-16 declara ilimitadas, motivándolo de la siguiente manera: “No se debe incluir en el cupo máximo de llamadas telefónicas que puede hacer un recluso las que dirige a su abogado sin producir una intromisión en su derecho a la defensa, una restricción a su ejercicio”.

Por último, con relación a la solicitud de realización de fotografías con ocasión de la celebración de un vis a vis familiar, que ya viene tratándose desde 2014, hemos recogido en la presente edición el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 3-03-16, que a diferencia de las anteriores ocasiones, lo deniega, motivándolo en que “siempre que al interno le parezca oportuno, por el hecho de haberse autorizado por este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la realización de fotografías por una sola vez, debe ser también desestimado pues el interno pretende convertir una excepción en un derecho.”

Derechos

En este extenso apartado aparecen resoluciones de diferente contenido en torno a las aspiraciones y solicitudes que plantean los internos, y que con arreglo a la legalidad vigente los órganos jurisdiccionales resuelven conforme a su saber y entender.

Iniciamos el capítulo con una Sentencia relativa a la prescripción de la pena del Tribunal Constitucional –de 1-02-16–, por el que se estima un

recurso de amparo por prescripción de pena no interrumpida y vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal, “al haber sido condenado a dos penas de prisión catalogadas, por su duración, como «menos graves» y cuyo periodo de prescripción con fines de cumplimiento deviene a los cinco años”, periodo que quedó cumplido. Argumenta este Tribunal que “Afirmar, como hace la Audiencia Provincial que «con todas estas resoluciones, provocadas por las peticiones del propio penado, se interrumpe la prescripción, que no puede ni comprenderse ni computarse de manera mecanicista como mero transcurso del tiempo, sino que necesita de la inacción procesal para desplegar sus efectos», supone crear “ex novo” una causa de interrupción no prevista en la norma. Dicha interpretación deviene arbitraria por opuesta a la legalidad aplicable y lesiona, en tal medida, el artículo 25.1 de la Constitución Española. Desatiende a su vez el canon de motivación exigible (artículo 24.1 de la Constitución Española), que debe comenzar por respetar el contenido del precepto penal. Repercute, en último término, en el derecho a la libertad personal del demandante.”

Las condiciones que debe reunir la celda y otras dependencias en que habita el interno han sido tratadas por el Auto del Juzgado de Vigilancia de Córdoba de 18-03-16, que desestima la queja sobre el no encendido de la calefacción por razones de racionalización del gasto, y también por el Auto del Juzgado de Vigilancia de Burgos de 13-10-16 que desestima la queja del interno a negarse a limpiar por encontrarse en huelga de hambre, tras recibirse informe de los servicios médicos, del que se infiere que tal imposición no implica ningún abuso y no le exime del cumplimiento de su obligación.

En cuanto a queja relacionada con el traslado de pertenencias, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Ciudad Real de 17-03-16, estima la queja relativa al traslado de un televisor que pesa menos del total permitido.

Hemos incluido la denuncia de una interna a quien tras unas declaraciones en un programa de televisión, se le practicó una información reservada. La denunciante considera que se cometió por parte del Director del CIS un delito de detención ilegal, lo cual inadmite el Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Palma de Mallorca de 1-12-16, por entender que la retención por motivos disciplinarios no implica quebrantar derecho fundamental alguno. También con relación a hechos relacionados con la prensa, la Sala de lo Penal, sección 1ª de la Audiencia Nacional en Auto de 1-12-16 estimó el

recurso de apelación de una interna a quien se le habían retenido recortes de periódico en que aparecía una expresión coincidente con la ideología y los fines de la organización terrorista ETA. Razona el auto que la resolución atacada no menciona ninguno de los fines legales (no se justifica desde el principio de adecuación) –ya que el citado recorte no se compadece con un relato o un discurso que pueda estimarse enaltecedor del terrorismo, atentatorio contra el orden del establecimiento, ni que afecte a la seguridad–, “ni analiza la decisión ponderando los bienes en conflicto, por lo que ha de entenderse que no hay cobertura legal para la restricción del derecho fundamental.”

Se ha traído a colación un caso de revisión de una condena como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, consistente en que una condena inicial de seis meses por un delito de resistencia, se sustituye por una multa de 6 meses, a razón de 6 € de cuota diaria (Auto del Juzgado de lo Penal 2 de Pamplona de 23-01-16).

El Auto del Juzgado de Vigilancia de Almería de 25-11-16 no reconoce la queja de un interno respecto a la declaración de incompatibilidad que se le reconoce con un hijo, también interno en el mismo centro penitenciario, dado que “resulta justificada y adecuada la aplicación de dicha incompatibilidad visto el delito por el que cumple condena consistente en abusos sexuales a su nieta menor de edad, hija del interno con el que pretende se deje sin efecto dicha medida”.

Recogemos tres resoluciones –una de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 5ª, y dos de Juzgados de Vigilancia– que coinciden en estimar reclamaciones relativas a realizar el programa de educación vial, y llevar a cabo las prácticas precisas para obtener el carnet de conducir.

En la actualidad siguen recayendo resoluciones acerca del derecho a recibir redención de penas por el trabajo. Aquí hemos seleccionado varias que reivindican la redención ordinaria, siendo admitidas en algún caso, como hace el Auto de la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 14-07-16 por realización de estudios universitarios; mientras que en otros casos son denegadas, como hizo el Juzgado Central de Vigilancia en Autos de 13-07-16 y 31-08-16 por trabajos no realizados, o estudios no acreditados, respectivamente, y en el Auto de 8-04-16 por tenencia de sanciones. También se plasma, respecto a la redención extraordinaria, el Auto

del Juzgado Central de Vigilancia de 15-04-16 a un interno condenado por terrorismo.

En materia de número máximo admitido de ingresos en la cuenta de peculio de los internos, contrastan entre sí dos Autos de dos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: uno, que admite más ingresos (el de Córdoba de 18-03-16), frente a otro que los limita (el de Pontevedra de 16-03-16).

El controvertido tema del derecho del acceso del interno a su expediente encuentra varias resoluciones en el periodo que se atiende. Siguiendo la rupturista línea marcada por el auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 28-01-14, encontramos una Providencia del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 27-05-16, que, apelando al derecho de defensa, dispone que se haga entrega al letrado de un interno cuantos informes necesite, incluso los considerados como reservados. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11-10-16 considera violación del Convenio el hecho de no entregar a un interno copia de su expediente disciplinario, a fin de interponer demanda. En cambio, y de acuerdo con la opinión jurisprudencial mayoritaria, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 24-11-16 deniega la entrega de informes obrantes en el expediente de un interno.

Concluimos el elenco de reconocimiento de derechos individuales con el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de 4-10-16, que exige el consentimiento del interno para participar en una rueda de reconocimiento.

Expulsión

Encontramos una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16-12-16, que estimando parcialmente un recurso de apelación revoca la sustitución de una pena de un año por expulsión, basándose principalmente en la regulación vigente del artículo 89.1 del Código Penal –que hace referencia a las penas de prisión de más de un año–, sin perjuicio del arraigo que tiene el interno en España.

Hemos incluido también una interesante Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14-12-16 donde se confirma la sustitución de la pena por expulsión cuando se alcance el cumplimiento de la mitad de la pena. La particularidad radica en que, conforme al Pleno no jurisdiccional

de esa Sala 2ª de 1 de marzo de 2005 se acordó que: “La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del artículo 53 del Código Penal. El sentido de tal acuerdo, que mantiene toda su vigencia, fue el de, frente a una interpretación literal o estrictamente formal del mencionado precepto, dar prevalencia al espíritu y finalidad de la norma, y ante la distorsión provocadora de agravios comparativos (artículo 14 de la Constitución Española) acudir al que, en el plano hermenéutico, resulta el más respetuoso con el principio de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad. Agravios que se producirían si el condenado a 5 años y 1 día estuviera exento del arresto sustitutorio y el condenado a 5 años o menos tuviera que cumplir aunque ello implicara rebasar los 5 años”. En el caso que nos ocupa se estimó parcialmente el recurso de casación –al tratarse de una condena de cinco años–, y en segunda sentencia se acordó dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad que estableció la sentencia de primera instancia.

El Auto del Juzgado Penal 1 de Ciudad Real de 11-12-15 resuelve no sustituir la pena por expulsión –que ya en la sentencia no fue decretada–, pese a la solicitud del centro penitenciario al cumplir el interno las dos terceras partes de su condena, fundamentándolo en que éste tiene residencia legal en España.

Libertad Condicional

Hemos sistematizado este apartado distinguiendo resoluciones favorables a su concesión, resoluciones desfavorables o denegatorias, terminando con aquéllas que afectan a su suspensión o revocación.

Comenzamos pues con el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 11-01-16 donde inicialmente se aprueba la libertad condicional con un plazo de suspensión de dos años, con arreglo a la regulación vigente del Código Penal, lo cual a su vez modifica el mismo órgano ante la petición de renuncia del interno a la libertad condicional concedida. De forma que este Juzgado, dicta nuevo Auto el 22-01-16, concediendo en este caso la libertad condicional conforme al antiguo Código Penal, sin plazos de suspensión. En sentido favorable también se pronuncia la Audiencia Provincial de Huelva en Auto de 3-05-16, que ante la autorización

concedida por el Juzgado de Vigilancia a un interno a quien se le permite con ciertas condiciones realizar un curso de piloto de helicóptero en Italia durante el periodo de libertad condicional, desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, confirmando íntegramente dicha resolución.

Dentro de las decisiones desestimatorias, aparecen la del Juzgado de Vigilancia 5 de Valencia de 23-12-16, quien tras fundamentar la aplicación de la nueva regulación dada a esta materia en la reiteradamente aludida, L.O. 1/2015 al Código Penal, resuelve que no procede conceder la suspensión de la pena y la libertad condicional a un interno que cumple setenta años porque “restan más de cinco años de cumplimiento de condena, en concreto 7 años, 11 meses y 7 días, por lo que no puede serle concedida la libertad condicional sin incumplir un precepto legal imperativo que establece los límites temporales”, es decir el plazo máximo de suspensión establecido en cinco años. El Juzgado de Vigilancia de Málaga en Auto de 8-04-16 deniega la suspensión y la libertad condicional a un interno en quien concurre una enfermedad la cual “en ningún caso es actualmente patente en cuanto terminal como así lo ha manifestado de manera clara y contundente tanto el servicio médico del Centro Penitenciario como el Médico Forense”. El Juzgado Central de Vigilancia en Auto de 28-11-16 deniega la concesión de la libertad condicional anticipada a las dos terceras partes por concurrir elementos tales como dos expedientes disciplinarios cancelados. Y el Juzgado de Vigilancia de Huelva en auto de 7-12-16 no concede la libertad condicional a causa de la falta de finalización del programa específico de agresión sexual.

En relación a las resoluciones relativas a la suspensión de la libertad condicional, el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 28-09-16 decretó dicha suspensión por ingreso en prisión preventiva del interno por comisión de presunto delito de sustancias nocivas para la salud. Es interesante el Auto del Juzgado de Vigilancia de Valencia de 15-07-16, que ante un caso de disfrute de libertad condicional anticipada a la mitad de la condena, recae sobre el interno nueva causa penada. El Juzgado resuelve “No ha lugar a hacer ningún pronunciamiento sobre la causa suspendida, en libertad condicional, (...) sin perjuicio de que se ejecute la nueva, salvo que el interno renuncie a la libertad condicional, y sin que en dicho supuesto fuese abonable a ninguna de las causas el periodo de suspensión”. En sentido similar el auto del Juzgado de Vigilancia de Madrid de 15-12-16 determina, ante la recepción de una nueva causa penada

por hechos anteriores no dan lugar a la revocación, a la suspensión ni a la ampliación de la libertad condicional.

Para terminar, y en relación con la revocación de la libertad condicional, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Valencia de 9-12-16 entiende no haber lugar a la revocación ni a la suspensión por haber tenido lugar una prisión preventiva, que ha cesado en la actualidad. Por su parte la Audiencia Provincial de Huelva, en Auto de 2-11-16 desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, el cual solicitaba la revocación de la libertad condicional por considerar que había desaparecido el requisito de falta de peligrosidad al incoarse apertura de diligencias previas al interno por presunto delito falsario.

Limitaciones regimentales

Nos ha parecido oportuno poner de manifiesto el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23-02-16, que adopta la adopción de las medidas del artículo 75 del Reglamento Penitenciario a un interno que agredió a otro, fundamentándola en que “Era adecuada para lograr el objetivo declarado: evitar una nueva agresión, una venganza por parte de la víctima –que había ocultado la realidad de la agresión– o presión sobre los testigos presenciales. Además, era necesaria e imprescindible para garantizar el orden del establecimiento y la integridad de los reclusos, no había otra medida menos injerente en la libertad del recurrente que pudiera garantizar dicho objetivo. Por fin, era estrictamente proporcional porque con ella se alcanzaba un bien público (orden y seguridad) prevalente al sacrificio de los derechos del interno.”

Medidas de seguridad

El Auto del Juzgado de Vigilancia 2 de Madrid de 10-06-16 respecto a un internado que cumple medida de seguridad privativa de libertad en un centro penitenciario y la posibilidad de autorizarle salidas terapéuticas para la obtención del carnet de conducir, dio lugar a una controversia sobre a quién compete resolver sobre este extremo: bien al Juzgado de Vigilancia, o bien al Tribunal sentenciador, que a la postre dio lugar a que se planteara ante el Tribunal Supremo el 10-10-16 una cuestión de competencia. En

tanto recae resolución sobre ello, el propio Juzgado de Vigilancia 2 en aras a no perjudicar los derechos del interesado resuelve en auto de 14-11-16 autorizar las citadas salidas terapéuticas.

Permisos

Comenzaremos por los permisos ordinarios, examinando los Autos que los conceden, los que los deniegan, así como los relativos a su suspensión. Dentro de las resoluciones que aprueban la concesión de permisos, el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 14-06-16 estimó un recurso de apelación al no considerar relevantes los factores desfavorables, haciendo la siguiente reflexión: “Los permisos de salida, debe recordarse, 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.” Esta decisión fue por mayoría, y aportamos también el contenido del voto particular. El Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 31-05-16 también estima otro recurso de apelación pese a que tras recaer una nueva causa penada se distancian los tres cuartas partes de la condena, alegando que tal circunstancia no ha afectado a su trayectoria penitenciaria. El Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21-11-16, asimismo, consideró otro recurso de apelación y concedió un permiso a un interno, que previamente había disfrutado un permiso sin incidencias negativas y a quien se le reprochaba su condición de extranjero en situación irregular. La misma Audiencia Provincial, en otro Auto de 23-06-16 estima otro recurso de apelación y concede un permiso pese a la recepción de una nueva causa penada, indicando que “No parece, pues, que la nueva condena tenga una especial trascendencia en la situación global del recurrente, más allá de suponer una postergación de su definitiva puesta en libertad”.

Ante el incumplimiento del plazo establecido para el estudio de permisos -de dos meses-, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 9-11-16 admite la queja del interno. Por su parte el auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 21-11-16 denegó en la adopción en un permiso concedido por ella, medidas de seguridad complementarias de protección a la víctima.

En cuanto a las resoluciones que deniegan permisos, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Burgos de 12-02-16 deniega el permiso a un interno, que ya estaba disfrutando de ellos con anterioridad, con el objeto específico de realizar unas pruebas de inseminación artificial en Navarra; el Auto de la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 7-06-16 desestima un recurso de apelación denegando un permiso por la valoración negativa de factores como: la gravedad del delito y la duración de la pena que aún le resta por cumplir (más de la mitad cuando solicitó el permiso), riesgo de quebrantamiento, la lejanía del total cumplimiento, riesgo significativo de reincidencia y que no que se aprecian elementos que les hagan pensar que va a hacer un buen uso del permiso. En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 16-12-16 desestima el recurso de apelación y confirma la denegación de un permiso por concurrir circunstancias desfavorables tales como: la politoxicomanía, relevante tanto en la comisión como en la gravedad de los delitos cometidos; escasa formación académica y sin cualificación ni hábitos laborales, estilo compulsivo asociado al consumo de drogas, tendencia a las sensaciones y situaciones de riesgo y, por último, irregular evolución penitenciaria.

En relación a la suspensión de los permisos, incluimos la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17-06-16, que en un recurso para unificación de doctrina reconoce que, en caso de suspensión de un permiso, el Juzgado de Vigilancia que lo autorizó, tiene también capacidad para revocarlo “cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute”. El Auto del Juzgado de Vigilancia de Valencia de 21-03-16 levanta la suspensión del permiso, ya que ésta se produjo por hechos ajenos a la responsabilidad del interno (su madre intentó introducir sustancias tóxicas en un paquete que le envió).

Del subcapítulo de los permisos extraordinarios hemos recogido dos resoluciones: una de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23-11-05 que considera que renovar el pasaporte, en defecto de poder facilitárselo la Administración Penitenciaria, se considera “incardinable el supuesto en esas causas extraordinarias previstas en el artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. En sentido contrario, el Juzgado de Vigilancia de Burgos en auto de 22-06-16 no concede a un interno permiso extraordinario para comparecer en una mesa electoral a la que había sido convocado.

Prisión provisional

Seguimos recibiendo resoluciones sobre el controvertido tema del doble cómputo de periodos de prisión preventiva y prisión penada. En primer lugar recogemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14-03-16, que estima un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal y admite este doble cómputo hasta la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010. En el mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7-03-16 en un recurso de apelación admite el doble cómputo de prisión preventiva y penada.

Es reseñable la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16-02-16, que respecto a dos demandantes distintos declara haber habido violación del artículo 6.2 del Convenio Europeo y les concede indemnización por el tiempo pasado en prisión preventiva tras su absolución.

Merece también destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 11-03-16 que estima la autorización a una interna en un hospital en situación de prisión provisional con enfermedad grave para ir trasladada a una asociación.

Reconocimiento mutuo de resoluciones penales

Estrenamos capítulo, como ya se indicó con anterioridad, con distintas situaciones relacionadas con la aplicación e interpretación por los órganos jurisdiccionales de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

El Auto del Juzgado de Vigilancia de Zaragoza de 3-03-16 ante la preexistencia de un procedimiento de traslado en tramitación en base al Convenio de Estrasburgo de 1983, archivó el expediente de reconocimiento mutuo.

El Auto del Juzgado de Vigilancia de 4-12-15 estima procedente la transmisión de una sentencia condenatoria firme por el procedimiento de la Ley de Reconocimiento Mutuo para que un interno continúe cumpliendo en Bélgica. En sentido opuesto, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Madrid de 27-06-16 no considera procedente la aplicación de la Ley de

Reconocimiento Mutuo a un interno que desea el traslado a Italia, por falta de vinculación con ese país durante los últimos trece años.

En relación a la competencia territorial de los Jueces de Vigilancia en caso de traslado del interno durante la tramitación del expediente de Reconocimiento Mutuo, el auto de 28-01-16 de Salamanca resuelve que corresponde al Juzgado de Vigilancia que recibió la incoación del procedimiento.

Respecto a la necesidad de que se inicie la tramitación de la Ley de Reconocimiento Mutuo en los casos de concesión de libertad condicional en el país de origen del interno, aportamos dos autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª.

Una de 9-12-16 donde tras resolución del Juzgado de Vigilancia 6 de Madrid, que aprobaba la libertad condicional a un rumano para disfrutarla en su país de origen, sin haber lugar a la tramitación de la Ley de Reconocimiento Mutuo; el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación solicitando la aplicación de la mencionada Ley, por considerarla de obligado cumplimiento. La Audiencia Provincial resolvió estimar el recurso en favor del Fiscal, sin que ello conlleve la nulidad de la resolución del Juzgado de Vigilancia, entendiéndose que la tramitación con arreglo a la Ley de Reconocimiento Mutuo es un complemento a esa resolución.

Otra de 3-11-16 en la que el Juzgado de Vigilancia 3 de Madrid aprobó la suspensión de la pena y la libertad condicional anticipada a las dos terceras partes a un interno italiano para disfrutarla en su país de origen. La Fiscalía de la Audiencia Provincial interpuso recurso de apelación y elevó informe solicitando la nulidad del auto y que se inicien los trámites de la Ley de Reconocimiento Mutuo, lo que la Audiencia reconoció, en el sentido de considerar como complemento de la resolución del Juzgado de Vigilancia la iniciación de los trámites de la Ley de Reconocimiento Mutuo. Tras ello el Juzgado de Vigilancia 3 de Madrid en auto de 26-11-16, entendiéndose que “no existe ninguna justificación para pedir la cooperación judicial de las autoridades de otro Estado, cuando las autoridades españolas pueden garantizar el cumplimiento de la prohibición (de entrada en España) impuesta”, resolvió conforme al siguiente tenor literal: “Se deniega la transmisión a Italia de la ejecución del auto de este Juzgado de 7 de octubre de 2016, de suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional a las 2/3 partes, concedida al interno”.

Régimen Disciplinario

La mayor parte de las resoluciones judiciales que se han recogido en este capítulo son estimatorias de los recursos planteados por los internos frente a los acuerdos sancionadores. Comenzamos con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3-10-16, que estima un recurso de amparo por vulneración del derecho de presunción de inocencia, al tratarse de una resolución basada en la declaración escrita de un funcionario que conoce los hechos por referencia de otros y sin ser sometido a contradicción. Se declara la nulidad del acuerdo sancionador y de los autos del Juzgado de Vigilancia.

La Audiencia Provincial de Segovia, en su Auto de 21-03-16 estima el recurso de apelación interpuesto contra la autorización del Juzgado de Vigilancia de autorizar el cumplimiento continuado de sanciones de aislamiento de más de catorce días, razonando que “parece coherente que el juez de vigilancia, antes de aprobar dicha sanción por un periodo superior al máximo establecido, y que por tanto pueda tener consecuencias negativas en internos con una salud mental deteriorada, deberá al menos comprobar que dicha acumulación de sanciones no afectará física o psíquicamente al interno, lo cual exigirá que antes de decidir se le determine por los servicios médicos del establecimiento que, a priori, no existe impedimento de salud en el penado para ese cumplimiento, sin perjuicio de lo que pueda acontecer una vez se inicie el cumplimiento”. Al ignorar el tribunal los motivos que llevan a conceder la autorización, y si se ha valorado la inexistencia de motivos físicos o mentales que hagan desaconsejable tal cumplimiento acumulado, declara nulo el auto del Juzgado de Vigilancia, conminándole a realizar la referida valoración previa.

Entre otras resoluciones que estiman la pretensión de los sancionados, está el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 29-04-16, que no considera infracción los insultos vertidos a funcionarios durante una comunicación intervenida; el Auto del Juzgado de Vigilancia de Ciudad Real de 12-01-16 que no entiende sancionable la conducta del interno, y decide en consecuencia dejar sin efecto la sanción, declarando sin efecto el acuerdo sancionador; o el Auto del Juzgado de Vigilancia de Algeciras de 4-02-16 que estima parcialmente una queja, y rebaja la cualificación de falta grave a leve.

En relación al procedimiento sancionador, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 11-05-16 declara la nulidad de actuaciones, al no recibir las alegaciones del interno la comisión disciplinaria legalmente constituida, sino tan sólo dos de los miembros de aquélla.

Con carácter desestimatorio, está el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 26-01-16, que no admite la solicitud de recompensas formulada por el interno, al no lograr el mínimo de puntos requerido y por su actitud de rechazo al tratamiento.

Sanitaria

Aparece el Auto del Juzgado de Vigilancia de Lugo de 18-07-16, que autoriza una intervención quirúrgica de forma coactiva para poder quitar objetos que el interno aloja en su intestino ante el riesgo para su vida. El Auto del Juzgado de Vigilancia de Villena de 11-04-16 estima la queja del interno para que la subdirección médica facilite que se practique una fotografía al interno para remitirla al servicio de urología del hospital.

El Auto del Juzgado de Vigilancia de 14-06-16 no admite la queja presentada por un interno ante la incomparecencia en domingo del médico de guardia, quien no consideró el diagnóstico como urgente.

Seguridad del establecimiento

Comenzamos con el Auto del Juzgado de Vigilancia de Villena de 27-10-16, quien estima parcialmente la queja del interno, reconociendo su derecho a que le sea notificado el acuerdo de aplicación de medios coercitivos.

Las resoluciones desestimatorias tienen relación con registros de celdas: El Auto de la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 1ª de 20-07-16, por registro de la celda a interno de régimen cerrado sin hallarse presente éste, y el Auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 8-06-16, por registro de celda con incautación de sustancias prohibidas sin estar presente tampoco el interno.

Respecto a la solicitud de un interno de apertura parcial y temporal de las celdas por la noche, el Juzgado de Vigilancia de Granada en su Auto de

21-10-15, se declara no competente al respecto, indicando que tal autorización corresponde a la Dirección del centro penitenciario.

Suspensión de la condena

Iniciamos este apartado con un supuesto de concesión de la suspensión de la pena que se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 5-12-16, que valorando la drogodependencia del interno, que no es primario, le suspende una condena condicionándolo a continúe realizando tratamiento de desintoxicación.

A continuación seguimos con supuestos de no procedencia de la suspensión, como el acuerdo de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7-01-16 que determina que no ha lugar a suspender las penas de prisión en sentencia por delitos con pena individual inferior a dos años cuando concurren con otros con penas superiores a ese periodo; o el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 1-12-16, que desestima el recurso de apelación de un interno que tras incumplir la condición impuesta para la suspensión por la juez de la Ejecutoria –satisfacción de la responsabilidad civil de forma fraccionada–, entiende que no ha lugar a ella.

Cerramos capítulo con situaciones de no procedencia de la revocación del plazo de suspensión: El Auto del Juzgado de lo Penal 1 de Ciudad Real de 13-05-15, ante la revocación de una suspensión de condena por comisión de dos nuevos delitos, estima el recurso a favor del interno por haber transcurrido el periodo de suspensión de tres años, establecido y contado desde la fecha de notificación al procurador de éste. Por su parte el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1-12-16 también estima un recurso de apelación que revoca la resolución del Juzgado Penal 1 de Tortosa, resolviendo que se entiende remitida la pena una vez finalizado el plazo de garantía de la suspensión, aunque durante el mismo se hubiera cometido un delito.

Trabajo en beneficio de la comunidad

Hemos presentado en primer lugar el esclarecedor Auto del Tribunal Supremo de 3-06-16 que resuelve una cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza respecto al Juzgado

de lo Penal de Valencia, resolviendo que el control sobre el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad establecidos como condición de una suspensión de condena, es competencia del tribunal sentenciador y no del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Seguimos con un caso de sustitución de pena prisión por multa, la cual tras resultar impagada es sustituida a su vez por pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que contempla el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2-12-16.

El Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 29-04-16 anula el plan de ejecución propuesto al penado, por considerar que los trabajos previstos no pueden considerarse como trabajos en beneficio de la comunidad, sino únicamente en beneficio de la entidad, en este caso un Seminario Diocesano.

En lo relativo a las consecuencias del incumplimiento de esta pena, encontramos diversas consecuencias: en primer lugar la revocación de la sustitución de una pena prisión condicionada a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 13-12-16). Existen resoluciones que descartan que el mero incumplimiento de esta pena sea constitutivo de otros delitos, tales como los de desobediencia (Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 16-10-15 y Auto de esa misma Audiencia de 23-01-16); o los de quebrantamiento de condena (Auto del Juzgado de Vigilancia de Jaén de 26-09-16 y sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7-12-16). Si bien en este último caso, aparece una resolución opuesta, que sí considera como quebrantamiento de condena el incumplimiento deliberado de parte de las jornadas de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad: es el caso que refleja la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23-11-16 que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Juzgado Penal 2 de esa ciudad, que tras haber sustituido en una condena la responsabilidad personal subsidiaria por 150 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, ante el incumplimiento parcial de los mismos por parte de la penada –sólo cumple 70 jornadas–, determina que el Juzgado le sancione por delito quebrantamiento de condena.

Abrochamos el apartado con un caso de justificación del incumplimiento de alguna de las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, que recoge el Auto del Juzgado Penal 2 de Huelva de 7-04-16, “por ingresar

en Proyecto Hombre” el condenado, ordenando en este caso elaborar un nuevo plan para el cumplimiento de las jornadas pendientes.

Otros

Hemos recogido varias resoluciones sobre la autorización de adquisición de libro electrónico o e-book: En primer lugar el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en Auto de 22-12-15 admite su adquisición “siempre y cuando existan en el mercado lectores digitales con las características señaladas en el Auto de la Sec. 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 11-9-14 y por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se resuelva la constitución de un fondo digital de libros en la Biblioteca del Centro Penitenciario”. Tras él la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en Auto de 2-02-16 explica que si bien había autorizado su adquisición en autos anteriores “Sin embargo, como alega el Ministerio Fiscal, no fue posible su ejecución pues hoy no es técnicamente posible. Los libros electrónicos disponen de sistemas de carga de información que no pueden ser anulados sin privarles de su utilidad y no es posible, si se tiene en cuenta que una memoria puede contener decenas de miles de páginas de información, controlar su contenido por los funcionarios antes de su entrega a los internos; también resulta extremadamente difícil controlar la entrada en los centros penitenciarios de microtarjetas SD que pueden contener información no controlada y que pueden ser leídas en los libros electrónicos cuya autorización para su utilización se pide.”

El Auto del Juzgado de Instrucción 3 de Vitoria estima un habeas corpus y ordena el mandamiento de libertad, tras un problema de confusión a la hora de identificación correcta de las causas que concurren por parte de los responsables del centro penitenciario.

Como colofón se incluye el Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 3-04-16 que admite la queja sobre devolución de un reloj retenido, dado su escaso valor.

CAPÍTULO I

ACUMULACIÓN

1.- DECISIÓN DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 11/02/16

La puesta en libertad definitiva por aplicación de la sentencia del Río Prada no conlleva violación del convenio, sin perjuicio de que se reconocen otros derechos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cancela del registro la demanda interpuesta por ciudadano español contra el Reino de España por considerar resuelto el litigio.

En el asunto M. L. V. contra España,

El Tribunal europeo de los Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido el 19 de enero de 2016 en una Sala compuesta por Helena Jäderblom, Presidenta, Luis López Guerra, George Nicolaou, Johannes Silvis, Dmitry Dedov, Branko Lubarda, Pere Pastor Vilanova, así como por Marialena Tsirli, Secretaria adjunta de Sección,

Vista la demanda presentada el 11 de mayo de 2012,

Tras haber deliberado, dicta la siguiente

DECISIÓN

Hechos y procedimiento

1.- El demandante, el señor M. L. V., es un ciudadano español, nacido en 1954 que reside en Madrid. Ante el Tribunal, estuvo representado por el señor J. M. M. B., Abogado colegiado en Madrid.

2.- El Gobierno español estuvo representado por su agente, el señor R.-A. L. C., Abogado del Estado, Jefe del Servicio Jurídico de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3.- El demandante alega que la aplicación, en su opinión retroactiva, de una modificación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo, tras haber sido condenado, prolongó su pena de prisión, ignorando el artículo 7 del Convenio. Alega igualmente una vulneración del artículo 5 del Convenio puesto que estuvo encarcelado incumpliendo las exigencias de “legalidad” y de respeto de las “vías legales”.

4.- El 14 de noviembre de 2013, el Tribunal notificó al Gobierno las denuncias del demandante según se exponen a continuación.

A. Las circunstancias del caso

5.- Por Sentencia de 24 junio 1996, la Audiencia Provincial de Pontevedra (Galicia) condenó al demandante a seis penas de doce años y un día de prisión por seis delitos de detención ilegal, a una pena de treinta años de prisión por un delito de robo con homicidio, a tres penas de treinta años de prisión por tres delitos de asesinato, a dos penas de diez años de prisión por dos delitos de asesinato en grado de tentativa, y a una pena de cinco meses de prisión y retirada del permiso de conducir por un año por utilización ilegítima de vehículo ajeno. La duración total de las penas de privación de libertad ascendía a doscientos doce años, cinco meses y un día de prisión. La sentencia indicaba que se tendría en cuenta la limitación que establece el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 (en vigor en el momento de cometerse los hechos delictivos) a efectos del cumplimiento de las penas. Este artículo fijaba en treinta años el tiempo máximo de condena.

6.- La Sentencia de 24 junio 1996 fue confirmada mediante Sentencia de 14 febrero 1998 del Tribunal Supremo, que rechazó el recurso de casación interpuesto por el demandante.

7.- El día 8 de marzo de 2006, el Centro Penitenciario Madrid II, en el que se encontraba encarcelado el demandante, solicitó a la Audiencia Provincial de Pontevedra que estableciera si los beneficios penitenciarios deberían computarse siguiendo la práctica penitenciaria sobre el tiempo máximo de prisión de treinta años, tal como se había aplicado al demandante, o bien de manera sucesiva sobre cada una de la penas impuestas, tal como se desprendía de la nueva jurisprudencia (llamada “doctrina Parot”)

resultante de la Sentencia 197/2006 dictada por el Tribunal Supremo el día 28 de febrero de 2006. Si se seguía el primer método, la fecha de puesta en libertad definitiva del demandante podría ser el 18 de abril de 2010, teniendo en cuenta la redención de penas ordinaria y extraordinaria aprobada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. El Centro Penitenciario añadió que en esta hipótesis, la puesta en libertad del demandante podría tener lugar antes en función de las redenciones de pena que pudieran ser concedidas. Sin embargo, la fecha de la puesta en libertad definitiva del demandante, sin tomar en consideración las redenciones de pena, sería el 24 de enero de 2024.

8.- Por Decisión de 24 abril 2006, la Audiencia Provincial de Pontevedra precisó que de acuerdo con la nueva “doctrina Parot”, los beneficios penitenciarios debían ser computados sobre cada una de las penas impuestas de forma individualizada. En consecuencia, el Tribunal solicitó al Centro Penitenciario Madrid II un nuevo cálculo de los beneficios penitenciarios conforme a este criterio.

9.- Contra esta decisión, el demandante recurrió en casación. Por Auto de 1 febrero 2007, el Tribunal Supremo (Sala de lo penal) declaró el recurso inadmisibile, debido a que el Auto de 24 abril 2006 de la Audiencia Provincial no hacía más que aplicar correctamente la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el cómputo de los beneficios penitenciarios. Refiriéndose a su Sentencia de 28 febrero 2006, recordó que el principio de no retroactividad de la ley penal (artículo 25 de la Constitución) no era aplicable a la jurisprudencia de los Tribunales.

10.- Invocando los artículos 14 (prohibición de la discriminación), 17 (derecho a la libertad), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

11.- Por Sentencia de 29 marzo 2012, el pleno del Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo. En cuanto a la denuncia relativa al principio de legalidad, consideró que la cuestión del cómputo de las redenciones de pena (por trabajo) dependía de la ejecución de la pena y en ningún caso suponía que se aplicara una pena más severa que la prevista por la ley penal aplicable o superior al máximo de cumplimiento de la condena (treinta años). El Alto Tribunal se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece una distinción entre las medidas que constituyen una “pena” y las medidas relativas a la “ejecución” de una pena a los efectos del artículo 7 del Convenio (Hogben contra Reino

Unido, núm. 11653/1985, Decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes (DR) 46, pg. 231, Grava contra Italia, núm. 43522/1998, ap. 51, 10 julio 2003, y Gurguchiani contra España, núm. 16012/2006, ap. 31, 15 diciembre 2009). En los pasajes de su sentencia consagrados al principio de legalidad, el Tribunal Constitucional se expresaba así:

“3. (...) En primer lugar, hemos de destacar que, pese a la reiteración con que se alega, no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en artículo 25.1 de la Constitución Española, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (...) sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, en la que se cuestiona la forma de computar la redención de penas por el trabajo ya reconocida, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del tiempo máximo de cumplimiento legalmente previsto (en este caso, treinta años de prisión).

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena ya impuesta, en la medida en que no impliquen que la misma sea más grave que la prevista por la Ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 7.1 del Convenio, por más que sí puedan afectar al derecho a la libertad personal si se actúa al margen de lo previsto en la Ley. En este sentido se pronuncian la Grava c. Italia, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, Caso Hogben contra Reino Unido, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la Sentencia dictada el 15 de diciembre de 2009 en el Caso Gurguchiani contra España, § 31, afirma que «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 la 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».

También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones (artículo 25.1 de la Constitución

Española) por aplicación retroactiva del artículo 78, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003. En dicho precepto el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador «podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas» (artículo 78.1 del Código Penal), criterio que deviene obligatorio cuando se trata de penas especialmente graves aunque, no obstante, se prevean algunas excepciones que deberá valorar el Juez de Vigilancia penitenciaria (artículo 78.2 y 3 del Código Penal vigente).

Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas, aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha posibilidad desaparece en el Código Penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (artículos 70.2 y 100 del Código Penal 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, viene a coincidir con el criterio de cómputo consagrado expresamente en el artículo 78 del Código Penal 1995), pero que el Tribunal Supremo ha considerado era posible a la vista del tenor literal de los artículos 70.2 y 100 del Código Penal 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carece de base fáctica, pues la prohibición de retroactividad de la Ley penal desfavorable tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor, supuesto que no se da en el caso analizado. (...)"

12.- El Alto Tribunal rechazó igualmente la denuncia relativa al principio de no discriminación, debido a que la modificación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo en 2006 estaba suficientemente motivada y que el demandante no había apoyado con ejemplos concretos su denuncia sobre la aplicación selectiva y discriminatoria de la doctrina Parot. Por estas mismas razones, el Tribunal Constitucional rechazó la denuncia relativa al derecho a la libertad, en la medida en que el demandante no había sido privado de libertad fuera de los casos previstos por la ley penal.

13.- Respecto a la denuncia relativa a la tutela judicial efectiva (concretamente la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes o el principio de la fuerza de cosa juzgada), el Tribunal Constitucional señaló que la

aplicación, en el caso del demandante, de la modificación jurisprudencial llevada a cabo en 2006 no había puesto en tela de juicio resoluciones judiciales firmes dictadas con anterioridad. Ninguna de las sentencias judiciales anteriores se había dictado explícitamente sobre la cuestión de las modalidades de aplicación de las redenciones de pena por el trabajo.

14.- La Jueza A. Asúa Batarrita adjuntó a la Sentencia un voto particular.

15.- El 24 de octubre de 2013, tras la Sentencia del Tribunal del Río Prada contra España [GS], núm. 42750/2009, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013, dictada el 21 octubre 2013, el demandante solicitó a la Audiencia Provincial de Pontevedra que concediera su puesta en libertad definitiva y la extinción de su responsabilidad penal.

16.- Por decisión de 14 noviembre 2013, la Audiencia Provincial de Pontevedra anuló su propia decisión de 24 abril 2006, declaró la extinción de la responsabilidad penal del demandante y ordenó su puesta en libertad definitiva. Señaló que la aplicación de la doctrina Parot en su decisión de 24 abril 2006 era incompatible con la Sentencia del Tribunal del Río Prada, cuyo contenido tenía una fuerza obligatoria no solo para el caso individual de la demandante del Río Prada sino también para todas las personas condenadas que sufrieron los efectos de la doctrina Parot. El Tribunal hizo referencia igualmente al acuerdo de 12 de noviembre de 2013 de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo que, basándose en la Sentencia del Tribunal del Río Prada, estableció que las personas que cumplen penas en virtud del Código penal de 1973, la redención de penas ordinaria y extraordinaria debería ser aplicable sobre la duración máxima de permanencia en prisión prevista por el artículo 70.2 del Código Penal, conforme a la práctica anterior a la doctrina Parot. El Tribunal constató, por tanto, que según este método y teniendo en cuenta la redención de penas acordada, el demandante habría cumplido su pena de prisión el 1 de junio de 2009.

17.- El demandante fue posteriormente puesto en libertad.

B. La legislación interna aplicable y la ejecución de la Sentencia del Río Prada (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013, 73).

18.- Respecto a la legislación interna aplicable, ver la Sentencia del Río Prada, previamente citada, aps. 23-55. En lo que concierne concretamente a los artículos 292 y 293 de la Ley orgánica del Poder Judicial), ver la deci-

sión Caldas Ramírez de Arrellano contra Espala [dec.], núm. 68874/2001, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2003-I [extractos].

19.- En cuanto a la ejecución de la Sentencia del Río Prada, la Audiencia Nacional, por su decisión de 22 octubre 2013, ordenó la puesta en libertad de la demandante, respondiendo de esta manera a la medida individual indicada por el Tribunal en su Sentencia de 21 octubre 2013 (punto núm. 3 del fallo). Respecto al pago de la indemnización justa, decretó la compensación entre la cuantía concedida por la Gran Sala del Tribunal en concepto de indemnización justa (30.000 euros [EUR] en concepto de daño moral) y la deuda interna de la demandante con personas privadas (indemnización debida a las víctimas de los delitos por los que había sido condenada), siendo el Estado titular por subrogación. En lo que concierne a las costas y gastos reconocidos a la demandante (1.500 EUR), el Estado demandado informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que esta cuantía había sido igualmente retenida por las autoridades para compensar las deudas internas de la demandante y que, en cualquier caso, al Abogado de la demandante le había pagado su clienta.

20.- Respecto a las medidas generales tras la Sentencia del Río Prada, los tribunales penales competentes estimaron favorablemente las demandas de puesta en libertad presentadas por personas que se encontraban en una situación similar y que habían sufrido los efectos de la doctrina Parot. Según las informaciones ofrecidas por España en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 14 de noviembre de 2013, veinticinco personas habían sido puestas en libertad. El 12 de noviembre de 2013, la Sala de lo penal del Tribunal Supremo acordó excluir la aplicación de la doctrina Parot de 2006 a las condenas impuestas con anterioridad a esta fecha en base al Código Penal de 1973. Según este acuerdo, los tribunales sentenciadores competentes deberían volver al dispositivo de aplicación de redención de penas en vigor con anterioridad a la modificación jurisprudencial de 2006. Este acuerdo venía, por tanto, a ratificar el planteamiento adoptado por las jurisdicciones sentenciadoras tras la Sentencia del Tribunal Europeo. Los Tribunales españoles habrían puesto entonces en libertad a todas las personas condenadas afectadas por la aplicación de la doctrina Parot.

21.- El Comité de Ministros del Consejo de Europa (reunión de los Delegados de los Ministros núm. 1186), en su decisión de 5 diciembre 2013, se congratuló por la respuesta dada a la medida individual urgente indicada

por el Tribunal europeo. En cuanto al pago de la indemnización justa, se expresó de la siguiente manera:

“Los Delegados (...), consideran que, en las circunstancias de este caso, la compensación llevada a cabo por las Autoridades de la deuda de la demandante contraída personas privadas, de la que el Estado es titular por subrogación, y las cuantías concedidas por el Tribunal europeo es conforme con la práctica del Comité de Ministros en la materia.”

22.- En lo que concierne a las medidas generales, los Delegados afirmaron además:

“(…) que la práctica los tribunales penales en relación con la aplicación de las reglas establecidas por la Sentencia núm. 197 de 28 febrero 2006 en materia de aplicación de las redenciones de pena, avalada por el acuerdo adoptado el 12 de noviembre de 2013 por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, se adecua a las constataciones del Tribunal europeo en la presente sentencia.”

23.- En las notas de la agenda de trabajo de la reunión de los Delegados de los Ministros núm. 1186 (CM/Del/Dec(2013)1186), se apuntó lo siguiente en lo que concierne a las medidas generales adoptadas:

“Parece que desde entonces la práctica de las jurisdicciones internas se desarrolla en una dirección que permite prevenir y remediar situaciones análogas a la de la demandante (...).”

24.- El 9 de julio de 2014, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, concluyó el examen del asunto del Río Prada adoptando la Resolución ResDH(2014)107, cuyos pasajes, en lo que aquí interesa, se leen así:

“Tras examinar el balance de acción presentado por el Gobierno que indicaba las medidas adoptadas con el fin de ejecutar la sentencia, incluida la información ofrecida en lo concerniente al pago de la satisfacción justa otorgada por el Tribunal (ver documento DH-DD(2014)844).

Tras examinar igualmente las notificaciones presentadas los días 26 de noviembre de 2013 y 20 de mayo de 2014 por el “Colectivo de víctimas del terrorismo en el País Vasco”, que actuaba en nombre propio y en el de otras nueve Organizaciones no gubernamentales, así como las respuestas del Gobierno a dichas notificaciones de fecha 29 de noviembre de 2013 y 26 de mayo de 2014 (ver documentos DD(2013)1294 y DD(2014)716);

Habiéndose cerciorado de que todas las medidas requeridas por el artículo 46, párrafo 1, han sido adoptadas,

DECLARA que ha cumplido sus funciones en virtud del artículo 46, párrafo 2, del Convenio en este asunto y

DECIDE archivar la ejecución de sentencia.”

Quejas

25.- Invocando los artículos 7 y 5 del Convenio, el demandante afirma que la aplicación, en su opinión retroactiva, de una modificación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo tras haber sido condenado, supuso una prolongación de su pena de prisión y de su privación de libertad que no estaba prevista por la Ley. Invocando el artículo 14 del Convenio, alega que la modificación jurisdiccional fue aplicada a algunos condenados de forma discriminatoria.

Fundamentos de Derecho

I. Sobre la violación de los artículos 75.1 y 14 del convenio.

26.- El demandante denuncia que la aplicación de una modificación jurisdiccional llevada a cabo por el Tribunal Supremo tras haber sido condenado prolongó su pena de prisión, ignorando los artículos 7 y 5 del Convenio. Asimismo, alega una violación del artículo 14 del Convenio en la medida en que la modificación jurisdiccional habría sido aplicada de forma discriminatoria. Las disposiciones pertinentes se leen así:

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.

(...)”

Artículo 5

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

(...)"

Artículo 14

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

A. Tesis de las partes

27.- El Gobierno plantea a título preliminar varias excepciones de inadmisión. Considera que la demanda debe ser rechazada por carecer manifiestamente fundamento o por abusiva, por ser esencialmente la misma que otra demanda examinada con anterioridad por el Tribunal, por no haber agotado las vías de recurso internas y por carecer el demandante de la condición de víctima.

28.- En lo que se refiere a la primera excepción de inadmisión, el Gobierno alega que el demandante incumplió la obligación de informar al Tribunal sobre la resolución judicial que declaraba la extinción de su pena y ordenó su puesta en libertad inmediata (decisión del 14 noviembre 2013). De esta manera, el demandante habría faltado a su deber de buena fe procesal exigido por el artículo 34 del Convenio, en relación con el artículo 47.6 del Reglamento del Tribunal. La demanda debería, por tanto, ser considerada carente de fundamento o abusiva. El Gobierno invoca igualmente el artículo 37.1 b) del Convenio, en la medida en que el demandante ya ha sido puesto en libertad.

29.- Por otro lado, El Gobierno observa que la presente demanda es esencialmente la misma que la del asunto del Río Prada, haciendo referencia al artículo 35.2 b) del Convenio .

30.- El Gobierno plantea el no agotamiento de las vías de recurso internas, puesto que el demandante, tras haber sido puesto en libertad, no utilizó el recurso indemnizatorio previsto en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial).

31.- Finalmente, el Gobierno afirma que el demandante no puede seguir considerándose víctima de una violación del Convenio, en la medida en que las autoridades judiciales españolas declararon la extinción de su pena y reconocieron explícitamente la violación de los artículos 5 y 7 del Convenio, ordenando su puesta en libertad inmediata. Por otro lado, el demandante tiene la posibilidad de solicitar una indemnización ante las autoridades internas por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, de acuerdo con los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que constituye un remedio efectivo en el ordenamiento jurídico interno. El Gobierno hace referencia igualmente al artículo 37.1 b) del Convenio, alegando que el litigio ha sido resuelto ante las jurisdicciones españolas.

32.- El demandante señala que, en la carta del 19 de noviembre de 2013 por la que el Tribunal notifica la demanda al Gobierno, el Tribunal solicitaba al demandante que no enviara ningún documento antes de que fuera invitado a ello por el Tribunal. En consecuencia, el Abogado del demandante esperaba que el Tribunal le invitara a presentar sus alegaciones en réplica a las del Gobierno para informarle de la resolución judicial que ordenaba la liberación del demandante.

33.- En cuanto al motivo de inadmisión planteado del artículo 35.2 b) del Convenio, el recurrente señala que la demanda, aunque similar a la del asunto del Río Prada, afecta a una persona distinta. En lo que respecta a la excepción planteada del no agotamiento de las vías de recurso internas, señala que en el asunto del Río Prada el Tribunal había reconocido a la demandante el derecho a una satisfacción justa sin que se le exigiera agotar previamente el recurso indemnizatorio invocado por el Gobierno.

34.- El demandante denuncia que las autoridades españolas no han reconocido jamás, ni explícitamente ni en sustancia, una violación de sus derechos derivados del Convenio y, en consecuencia, se sigue considerando víctima. Además no ha sido indemnizado por el periodo (entre el 1 de junio de 2009 y el 14 de noviembre de 2013) durante el cual cumplió una pena de prisión de mayor duración a la que hubiera debido cumplir.

B. Valoración del Tribunal

35.- El Tribunal no considera necesario examinar las excepciones de inadmisión planteadas por el Gobierno, ni pronunciarse sobre la cuestión de saber si el demandante puede seguir considerándose “víctima” en el

sentido del artículo 34 del Convenio, de las violaciones alegadas. En efecto, a la luz de los nuevos hechos de los que ha sido informado desde que la demanda fuera notificada al Gobierno, considera que el examen de la misma ya no se justifica objetivamente, por las razones que se exponen a continuación.

36.- El Tribunal recuerda que en términos del artículo 37.1 b) del Convenio, podrá, “en cualquier momento del procedimiento (...) decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (...) que el litigio ha sido ya resuelto (...)”. Para poder concluir con la aplicabilidad de esta disposición al presente caso, el Tribunal deberá responder a dos preguntas consecutivas: debe preguntarse, en primer lugar, si los hechos que denuncia directamente el interesado persisten o no, y en segundo lugar, si las consecuencias que pudieran resultar de una eventual violación del Convenio por esos hechos han sido reparadas (Pisano contra Italia [cancelación de la demanda del registro de entrada] [GS], núm. 36732/1997, ap. 42, 24 octubre 2002, Syssoyeva y otros contra Letonia [cancelación de la demanda del registro de entrada] [GS], núm. 60654/2000, ap. 97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007-I, y Kovačić y otros contra Eslovenia [GS], núms. 44574/1998, 45133/1998 y 48316/1999, ap. 263, 3 octubre 2008). Por otro lado, recuerda que la cuestión de saber si debe o no cancelar una demanda del registro de entrada es independiente de la cuestión de saber si un demandante conserva o no la condición de “víctima” en el sentido del artículo 34 (El Majjaoui y Stichting Touba Moskee contra Países Bajos [cancelación de la demanda del registro de entrada] [GS], núm. 25525/2003, ap. 28, 20 diciembre 2007).

37.- En este caso, el Tribunal señala que el demandante fue puesto en libertad de manera definitiva mediante decisión del 14 noviembre 2013 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en base a la Sentencia del Río Prada pronunciada por la Gran Sala del Tribunal el día 21 de octubre de 2013. En su decisión, constató que la fuerza obligatoria de esta sentencia del Tribunal no podía limitarse al caso individual de la demandante del Río Prada, sino que se debía ampliar a todas las personas condenadas afectadas por las consecuencias de la aplicación retroactiva de la doctrina Parot del Tribunal Supremo. La Audiencia Provincial se basó igualmente en el acuerdo del 12 de noviembre de 2013 de la Sala de lo criminal del Tribunal Supremo que, en base a la sentencia de la Gran Sala, determinó que para las personas que estaban cumpliendo condena en virtud del Código penal de 1973, las

redenciones de pena debían computarse sobre el tiempo máximo de prisión de treinta años, conforme a la práctica anterior a la doctrina Parot. El Tribunal anuló, por tanto, su decisión anterior de 24 abril 2006, mediante la cual había llevado a cabo la aplicación retroactiva de la doctrina Parot al demandante vulnerando su derecho a la libertad. En efecto, de acuerdo con las modalidades de cómputo de las redenciones de pena anteriores a la doctrina Parot, el demandante habría cumplido su condena el 1 de junio de 2009.

38.- El Tribunal constata, por tanto, que los hechos denunciados por el demandante dejaron de existir el 14 de noviembre de 2013, cuando las jurisdicciones españolas ordenaron su puesta en libertad definitiva y declararon la extinción de su pena. A diferencia de la Sentencia del Río Prada, las autoridades del Estado demandado han puesto término a las eventuales violaciones del Convenio padecidas por el demandante incluso antes que el Tribunal tuviera que pronunciarse sobre su caso individual. Al adoptar unas medidas generales en su orden jurídico interno para hallar una solución a los asuntos individuales análogos a los de del Río Prada, las autoridades del Estado demandado tuvieron en cuenta la importancia de la ejecución efectiva de las sentencias del Tribunal conforme al artículo 46 del Convenio (a modo de recordatorio de los principios en materia de ejecución de las sentencias del Tribunal, ver *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) contra Suiza* (núm. 2) [GS], núm. 32772/2002, aps. 83-90, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009), dando así efecto al principio de subsidiaridad que es la base del sistema del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Stella y otros contra Italia* (dec.), núm. 49169/2009 y otros, ap. 62, 16 septiembre de 2014). Por otro lado, el Comité de Ministros del Consejo de Europa señaló que la práctica de las jurisdicciones españolas se desarrolló en un sentido que permite prevenir y remediar las situaciones análogas a las de la demandante del Río Prada (ver apartado 23 supra).

39.- En cuanto a la cuestión de saber si las consecuencias de las eventuales violaciones del Convenio han sido reparadas, el Tribunal señala que de acuerdo con las alegaciones del Gobierno, la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme a sus artículos 292 y siguientes, ofrece la posibilidad de presentar una demanda de indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ante el Ministerio de Justicia.

40.- En vista de lo que antecede y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del presente caso, el Tribunal considera que el litigio ha sido

resuelto en el sentido del artículo 37.1 b) del Convenio. Por otra parte, ningún motivo particular que afecte al respeto de los Derechos Humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos exige que se prosiga con el examen de la demanda en virtud del artículo 37.1 in fine del Convenio .

41.- En consecuencia, procede el archivo de las actuaciones.

42.- Sin embargo, el Tribunal señala que esta conclusión se adopta sin perjuicio de la posibilidad que tiene de volver a inscribir en el registro de entrada la presente demanda en virtud del artículo 37.2, si las circunstancias así lo justifican.

II. Sobre la aplicación del artículo 43.4 del reglamento del TEDH

43.- En términos del artículo 43.4 del Reglamento del Tribunal,

«Cuando una demanda ha sido archivada, las costas se dejan a la apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)»

44.- El Tribunal señala que, contrariamente al artículo 41 del Convenio, que sólo es aplicable si previamente el Tribunal “declara[ra] que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos”, el artículo 43.4 del Reglamento le autoriza a conceder una cuantía al demandante por gastos y costas –y sólo por este concepto– cuando la demanda se cancela del registro de entrada (ver, a modo de ejemplo, Syssoyeva y otros, anteriormente citada, ap 132; y Kovačić y otros, citada, ap. 275). El Tribunal recuerda que los principios generales que regulan el reembolso de los gastos de acuerdo con el 43.4 del Reglamento son en sustancia idénticos a los aplicados en el marco del artículo 41 del Convenio. Asimismo, en virtud del artículo 60.2 del Reglamento, el interesado deberá cuantificar y desglosar sus pretensiones, a las que deberá adjuntar los justificantes necesarios, ya que de no ser así el Tribunal podría rechazar sus demandas, en todo o en parte (Kovačić y otros, citada, ap. 276).

45.- El demandante reclama 2.000 euros para la totalidad de costas y gastos. El Gobierno solicita que se rechace esta pretensión por no estar justificada.

46.- En este caso, teniendo en cuenta los documentos que posee y su jurisprudencia, el Tribunal estima razonable la suma de 2.000 EUR para el conjunto de costas y gastos ante las jurisdicciones internas y el Tribunal, más toda cuantía que pueda deberse a impuestos por el demandante.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

Decide cancelar la demanda del registro de entrada;

Falla,

a) que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la presente decisión, la cantidad de 2.000 euros (dos mil euros), en concepto de costas y gastos, más toda cuantía que pueda deberse a impuestos por el demandante;

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.

2.- AUTO 155/2016 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 20/09/16

Desestimación de recurso de amparo denegando acumulación de condenas impuestas en España con otra impuesta por Tribunal francés y cumplida en Francia (con votos particulares).

I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don P. J. P. U. presentó el 6 de julio de 2015, en el Registro General de este Tribunal demanda de amparo contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la precedente Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, que, a su vez, había estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por aquél contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2014, denegatorio de la acumulación de condenas solicitada.

2. Los hechos relevantes para resolver el presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Auto de 13 de septiembre de 2007, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional procedió a acumular al ahora recurrente de amparo las siguientes condenas: (i) dos penas de 27 años de reclusión impuestas por sendos delitos de asesinato (ejecutoria núm. 14-2005); (ii) una pena 27 años de reclusión por delito de asesinato (ejecutoria núm. 6-1985), (iii) una pena 30 años de reclusión por delito de atentado y dos penas de 22 años de reclusión por sendos delitos de asesinato frustrados (ejecutoria núm. 9-1996), y (iv) una condena a 27 años de prisión por delito de asesinato y a 18 años por asesinato en tentativa (ejecutoria núm. 140-1980). El Auto de acumulación fue confirmado por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2009. La correspondiente liquidación de condena fue efectuada el 6 de noviembre de 2007, fijándose como inicio del cumplimiento de la misma el 22 de noviembre de 2001, fecha de la extradición del penado desde Francia, y como fecha de extinción el 14 de noviembre de 2031.

b) En fecha 13 de junio de 2013 la representación del condenado solicitó que se incluyese en la acumulación efectuada la condena a la pena de diez años de prisión que le había sido impuesta en Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris de 26 de mayo de 1997 por asociación de malhechores y otros delitos (y que ya había sido cumplida en Francia trece años antes de dicha petición). Por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2013 se denegó la acumulación solicitada, alcanzando firmeza dicha resolución al declararse desierto el recurso de casación anunciado.

c) Por escrito de 21 de octubre de 2013 la representación del demandante reiteró la solicitud de acumulación. Dicha solicitud fue nuevamente denegada por Auto de la misma Sección de 4 de septiembre de 2014. El Auto acogía los argumentos del Ministerio Fiscal relativos a la intangibilidad de las resoluciones firmes y al principio de seguridad jurídica que conlleva la inmodificabilidad de una resolución que ha ganado firmeza. El demandante interpuso entonces recurso de casación, invocando la infracción de preceptos legales, así como de los siguientes preceptos constitucionales: derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española); principio de legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española); derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española);

prohibición de penas inhumanas y degradantes (artículo 15 de la Constitución Española); principio de resocialización de las penas (artículo 25.2 de la Constitución Española) y prohibición de indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española).

d) En Sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó el primero de los motivos de casación planteados, relativo a la posibilidad de revisar la acumulación de condenas firmes pero no intangibles. El Alto Tribunal entendía que la nueva solicitud de acumulación se fundaba en la interpretación que la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo, había efectuado en relación con la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio, de la que resultaba la posibilidad de reconocer efectos a las condenas impuestas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo rechazó, con seis votos particulares, la pretensión de acumulación interesada por el demandante. Posteriormente por Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015 se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, en el que el recurrente insistía en las vulneraciones planteadas en el recurso de casación y también alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por motivación arbitraria, ilógica y/o errónea de la Sentencia de casación.

3. En la demanda de amparo se atribuyen a las resoluciones impugnadas las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) El demandante considera, en primer lugar, que se vulnera el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), y a la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (artículo 15 de la Constitución Española), en las siguientes vertientes:

(i) En primer lugar, en cuanto prohibición de interpretaciones contra legem, manifiestamente arbitrarias e irrazonables (respecto de los artículos 76 del Código penal: y del artículo 3.5 de la Decisión Marco 675/2008). Entiende el demandante que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada ha efectuado una interpretación del artículo 76 del Código Penal y del artículo 3.5 de la Decisión Marco contraria a la literalidad de ambos preceptos, a su fundamento y a “toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo la excepción de 2002, consolidada con la Sentencia del Tribunal Supremo

186/2014”. Indica que el único criterio de acumulación jurídica de las penas es el temporal, “con expresa prohibición de su impedimento por cuestiones adjetivas”. De modo que “su rechazo por la cualidad de extranjera y sin la aportación de ningún fundamento material, resulta una interpretación arbitraria e irrazonable vedada por el principio de legalidad”. Afirma, asimismo, que entre todas las condenas, esto es, entre la impuesta en Francia y las recaídas en España, existió una evidente conexión tanto en relación con acciones delictivas como con las penas impuestas, por lo que debió aplicarse un límite común máximo de cumplimiento.

(ii) En la dimensión relativa a la irretroactividad de las normas penales desfavorables, en relación con la tutela judicial efectiva, por motivación arbitraria, ilógica y errónea de la Sentencia, entiende el actor que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada aplica retroactivamente una norma desfavorable como es la Ley Orgánica 7/2014, al declarar contra *legem* la interpretación entonces vigente, cuando la indicada ley aún no existía, vulnerando con ello el derecho a la libertad, al prolongar la estancia en prisión más allá del límite legal, y la prohibición de penas inhumanas. Afirma, asimismo, que el Tribunal Supremo aplica retroactivamente la Ley Orgánica 7/2014 cuando dicha norma no se encontraba en vigor, ni en el momento en que se solicitó la acumulación, ni cuando se resolvió por la Audiencia Nacional sobre dicha solicitud, ni cuando se interpuso el recurso de casación. En su opinión, el artículo 3.5 de la Decisión Marco no contiene una excepción al principio de equivalencia sino una aclaración, de modo que la posibilidad de vaciamiento del precepto que aprecia el Tribunal Supremo en su resolución pasó desapercibida hasta que se introdujeron en el Senado ciertas enmiendas *ad hoc*, acompañadas de una paralela modificación de la exposición de motivos.

b) Se alega, asimismo, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española). Considera el actor que debería haberse resuelto la petición de acumulación de condenas con el mismo criterio utilizado en los casos de las Sentencias del Tribunal Supremo 1129/2000, 926/2005, 368/2013 y 186/2014, y en los de los Autos de la Sección Tercera de 9 de junio de 2014 y 21 de octubre de 2014.

c) Finalmente, el demandante estima que se ha producido la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, por no haberse planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación

con la interpretación del artículo 3.5 de la Decisión Marco. Entiende, en este punto, que no era objetivamente clara la interpretación que debía darse a la citada disposición, circunstancia que determinaría que el Tribunal Supremo hubiera desbordado sus competencias interpretativas como juez nacional.

4. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 5 de julio de 2016, acordó, conforme a lo previsto en el artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a propuesta del Presidente, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de 20 de mayo de 2015, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, y la Sentencia de 27 de enero de 2015, ambos del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La citada Sentencia es parcialmente estimatoria del recurso de casación interpuesto contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2014, que denegó al ahora demandante de amparo la rectificación de la acumulación de condenas que había sido previamente aprobada con carácter firme en Auto de 13 de septiembre de 2007. El demandante plantea los motivos de queja que han sido expuestos en los antecedentes, no siendo ninguno de ellos acreedor de un pronunciamiento de admisión a trámite, ya que la existencia de lesión de un derecho fundamental tutelable en amparo no resulta mínimamente verosímil.

El Pleno de este Tribunal ha decidido hacer explícitas en el presente Auto las razones en las que se asienta este juicio liminar.

2. Siguiendo el orden de las quejas expuestas en la demanda, abordaremos en primer lugar la vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), que, a juicio del demandante, trae causa del desconocimiento por las resoluciones impugnadas de algunas manifestaciones del principio de legalidad (artículo 25.1 de la Constitución Española) relacionadas con el derecho a obtener una resolución que no sea arbitraria e irrazonable (artículo 24.1 de la Constitución Española) así como de la vulneración de la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (artículo 15 de la Constitución Española). Como se ha adelantado, para el

demandante de amparo esta vulneración se ha verificado en dos vertientes distintas: (i) de un lado, resulta vulnerada la prohibición de interpretaciones contra legem, manifiestamente arbitrarias e irrazonables [respecto de los artículos 76 del Código Penal y del artículo 3.5 de la Decisión Marco 675/2008]; (ii) de otro, se viola la garantía de irretroactividad de las normas penales desfavorables, incurriéndose, asimismo, en una motivación arbitraria, ilógica y errónea de la Sentencia de la que derivaría, a su vez, la imposición de una pena cruel, inhumana o degradante.

3. En cuanto a la primera de las dimensiones aludidas del derecho a la legalidad penal, la Sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de impugnación rechaza la acumulación de condenas solicitada por el demandante con fundamento en los artículos 76 del Código Penal –y su precedente el artículo 70 del Código Penal 1973– y 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

Debe reseñarse, en relación con el primero de los preceptos indicados, que, en su doctrina anterior sobre la acumulación de condenas impuestas por tribunales extranjeros, el Tribunal Supremo había constatado que el artículo 76.2 del Código Penal nada dice expresamente sobre condenas procedentes de órganos judiciales foráneos. El silencio del precepto llevó al Alto Tribunal a abordar dicho supuesto particular de acuerdo con los principios generales del sistema penal, que fundan la potestad punitiva del poder público en el ejercicio de la soberanía del Estado. Para el Tribunal Supremo, el Estado, en defensa de su soberanía, sólo acepta la restricción del ejercicio del ius puniendi que deriva del reconocimiento de las sentencias de condena extranjeras (no ejecutadas en su integridad) sobre el presupuesto del principio de reciprocidad reconocido en los tratados internacionales. La soberanía estatal, como fundamento de la negativa al reconocimiento de sentencias extranjeras, fue, así, explícitamente contemplada, como pone de manifiesto la resolución impugnada, en la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 de diciembre, que descartó, en un supuesto idéntico al presente excepto en la duración de la pena, la acumulación de una condena de siete años de prisión ya cumplida en Francia.

Siguiendo la misma idea rectora, el Tribunal Supremo ha aceptado la acumulación de sentencias dictadas, y no ejecutadas, en otros Estados –en concreto en Tailandia y Andorra– (Sentencia del Tribunal Supremo 926/2005, de 30 de junio, y 368/2013, de 17 de abril) cuando existen tratados bilaterales o multilaterales que sustentan la limitación de la soberanía.

nía en el principio de reciprocidad (acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Tailandia hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983 y Convenio sobre traslado de personas condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983).

Pues bien, en coherencia con esa doctrina tradicional, el Tribunal Supremo afronta en la resolución que ahora se impugna un contexto normativo distinto, en el que el artículo 76 del Código Penal se ve complementado, no ya con tratados y convenios internacionales, sino con otra fuente normativa igualmente capaz de producir un efecto limitador de la soberanía estatal: el Derecho de la Unión Europea. En este punto, la Sala de lo Penal asume la necesidad de dilucidar si el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, al no haberse incorporado a nuestro ordenamiento interno dentro de plazo, puede tener un efecto limitativo de la soberanía estatal que deba conducir a la inclusión automática en el régimen de acumulación del artículo 76 del Código Penal de las condenas recaídas en el resto de Estados de la Unión Europea.

Sostiene, a tal efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente recurso que, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de la Gran Sala de 16 de junio de 2015, asunto C-105/03, caso Pupino), resulta la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de efectuar una interpretación conforme con la Decisión Marco, a la luz de su letra y finalidad, sin que la misma pueda servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional. Ese sería el valor jurídico y el límite de las Decisiones Marco, meramente interpretativo –no normativo– y restringido a interpretaciones que no sean contrarias al Derecho interno. Con esta base, la Sentencia del Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones:

(i) Analiza el proceso de elaboración de la Decisión Marco, examinando los sucesivos documentos del Consejo (núms. 11663/06 COPEN 79, de 18 de julio de 2006, 13101/06 COPEN 100, de 26 de septiembre y de 29 de septiembre) que fueron impulsados, entre otros Estados miembros, por Holanda para evitar que se limitara el ejercicio del ius puniendi por el reconocimiento de condenas de otros Estados de la Unión. La Sala constata cómo, a estos fines, se agregaron, en un primer momento, dos nuevos párrafos a los iniciales artículos 3.1 y 3.2, y, posteriormente, al conside-

rarse que dicho añadido no aportaba una garantía suficiente, se introdujo el apartado 5 del artículo 3 en la redacción que figura en el texto de la Decisión Marco finalmente aprobado. De este último precepto resulta, según observa el Tribunal Supremo, que si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que recayera o se ejecutara la condena dictada en otro, los apartados 1 y 2 del aludido artículo 3 no conllevan la obligación de valorar la condena de este otro Estado de la Unión como si hubiera sido impuesta por un juez nacional.

(ii) Observa, asimismo, el alto tribunal que dicha interpretación resulta igualmente avalada por la literalidad del artículo 3.5 de la Decisión Marco, según el cual “si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso”, efecto limitador que es justamente el que se deriva de la introducción de la condena extranjera previa (y ya cumplida) en el régimen de acumulación de condenas, en cuanto supone la rebaja sustancial de las penas impuestas por el Estado nacional.

(iii) Aplicando dicho precepto al caso que se le plantea, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que el nuevo proceso –celebrado en España– que da lugar a la Sentencia de 17 de octubre de 2003 por la que se condena al recurrente a diez años de privación de libertad deriva de hechos correspondientes a 1980, anteriores, por tanto, a los que motivaron la condena en Francia, de fecha 26 de mayo de 1997, que fue ejecutada allí antes de su extradición a nuestro Estado. Constata, así, que concurre el presupuesto de hecho del artículo 3.5 de la Decisión Marco. Acto seguido, observa, asimismo, que la acumulación de la condena francesa conllevaría que el tiempo máximo de cumplimiento en España por las condenas impuestas en nuestro país pasara de treinta a veinte años. Se produce, pues, el efecto limitador de la sanción en el nuevo proceso que quiere prevenir el indicado precepto de la Decisión Marco. Concluye, por ello, el Tribunal Supremo que no es exigible, en los términos del artículo 3.5 de la Decisión Marco, la aplicación del principio de equivalencia.

(iv) Se apoya, asimismo, el alto tribunal, para reforzar estas conclusiones, en el análisis que se contiene en el informe de la Comisión de 24

de julio de 2008 (COM [2014] 312 final, de 2 de junio de 2014), sobre la implementación realizada por los Estados miembros de la Decisión Marco 2008/675/JAI, en el que se entiende que el principio de equivalencia y sus efectos jurídicos se abordan adecuadamente en trece Estados miembros de los veintidós que a esa fecha habían notificado la trasposición. En tal sentido se expone en dicho informe el modo en que las leyes de trasposición han tomado en consideración las condenas anteriores, concluyendo la Comisión que ningún Estado miembro ha reconocido a las condenas extranjeras el efecto de limitar la imposición o ejecución de la pena impuesta en un nuevo proceso, sin que dicha trasposición sea cuestionada por la Comisión como opuesta al contenido de la Decisión Marco.

(v) También se apoya la resolución impugnada en la interpretación de la Decisión Marco realizada por otros tribunales europeos de casación. El Tribunal Supremo pone de manifiesto que éstos refrendan la exégesis del artículo 3.5 que él mismo considera acorde con el texto de la normativa europea. La Sentencia impugnada cita, en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 19 de febrero de 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9407). Otras Sentencias posteriores del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo 858/2015, de 22 de diciembre, 8/2016, de 21 de enero de 2016, y 145/2016, de 25 de febrero, por todas) han actualizado las referencias jurisprudenciales a Países Bajos (referencias HR:2009:BG9198 y HR:2013:BX9407); o a Francia (Cour de Cassation, Chambre Criminelle, de 19 de noviembre de 2014, ECLI:FR:CCASS:2014:CR05955).

Lo expuesto evidencia que la interpretación de la Decisión Marco efectuada por el Tribunal Supremo –atendiendo a la literalidad de la norma, a su proceso de elaboración, al modo en que ha sido incorporada a las legislaciones de los diferentes Estados miembros y a cómo ha sido interpretada por los Tribunales de Casación, así como a la valoración de la Comisión de ese proceso de implementación– no puede ser calificada de irrazonable desde la perspectiva del derecho a la libertad, en coherencia con la doctrina constitucional (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 108/1997, de 2 de junio, FJ 2; 31/1999, de 8 de marzo, FFJJ 3 y 6, y 19/1999, de 22 de enero, FJ 4), ni tampoco puede reputarse contraria a la efectividad de los derechos fundamentales invocados. La inexistencia de lesión del derecho fundamental resulta, así, manifiesta.

4. Cabe igualmente descartar, en segundo lugar, que la resolución impugnada haya violado el artículo 25.1 de la Constitución Española por aplicar retroactivamente una norma penal desfavorable. En este punto, se han de distinguir dos planos de análisis. De un lado, no es cierto que el Tribunal Supremo se haya limitado en la Sentencia de casación, como sostiene el recurrente, a aplicar retroactivamente la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, a una petición de acumulación formulada antes de la entrada en vigor de dicha norma. De otro lado, resulta igualmente claro que no estamos ante una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable.

(i) En cuanto al primer plano de análisis, lo expuesto en el fundamento jurídico anterior es ya muestra suficiente de que el Tribunal Supremo no funda su decisión en la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 7/2014 (norma que, en efecto, procedió a la incorporación tardía al ordenamiento interno de la Decisión Marco 2008/675/JAI, con posterioridad, en todo caso, a la petición de acumulación realizada por el penado el 21 de octubre de 2013). Como se ha podido comprobar, el alto tribunal basa su decisión en una determinada interpretación de la citada Decisión Marco, cuyo efecto interpretativo directo debía producirse a partir del 15 de agosto de 2010, fecha ésta a la que hacen referencia los artículos 5.1 de la Decisión Marco 2008/675 y disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014 para delimitar el día en que debería darse cumplimiento a las prescripciones establecidas en la norma europea. En este sentido, aunque la Ley Orgánica 7/2014 ocupa un lugar importante en los razonamientos del Alto Tribunal, especialmente en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, una lectura atenta de la prolija Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo permite observar que, tal y como se ha señalado en el fundamento jurídico precedente, dicha resolución contiene una exégesis directa de la norma europea (Decisión Marco 2008/675). En ella, el alto tribunal llega a la conclusión de que tal disposición no ampara la pretensión de acumulación de condena formulada por el ahora recurrente de amparo –sin necesidad, por tanto, de acudir a la ley orgánica posterior más que a efectos de refuerzo de tal tesis–. En suma, la resolución del Tribunal Supremo apoya su decisión en la interpretación que ha hecho de la Decisión Marco de 2008, que es la norma que el recurrente invocaba en su beneficio.

(ii) En el segundo plano de análisis, una cosa es que exista una divergencia de criterio interpretativo entre la Sentencia que ahora se impugna y la previa Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo, —disparidad que puede ser evaluada, como se verá, desde el punto de vista del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley— y otra bien distinta que esa interpretación dispar de la legislación penal en dos procesos diferentes suponga una aplicación retroactiva de la legalidad penal que genere un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso. En efecto, ha de notarse aquí que la situación de partida que presenta el supuesto que se nos plantea es completamente diversa a la afrontada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (asunto del Río Prada c. España), que el actor invoca como fundamento de su pretensión.

Debe recordarse, en primer lugar, que, en el supuesto resuelto en la citada Sentencia del Tribunal Europeo, la penada había obtenido una primera decisión judicial firme (Auto de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2000) que determinaba, de forma definitiva, la pena total que le resultaba aplicable. Esa decisión inicial, beneficiosa para la penada, implicaba que, conforme a la práctica judicial entonces existente y pacífica, las redenciones de penas por trabajo consolidadas conforme al Código Penal de 1973, debían proyectarse sobre el límite máximo de cumplimiento resultante de la acumulación de condenas (en el entendimiento de que dicha acumulación generaba una pena de nuevo cuño, con dimensión sustantiva propia). La penada contaba, de este modo, con una primera decisión judicial firme que suponía que la legalidad penal le debía ser aplicada de un modo determinado, lo que le generaba la expectativa inequívoca de que el cumplimiento de la condena de prisión de 30 años, resultante de la acumulación, se vería reducida por la aplicación de las redenciones de pena por trabajo obtenidas previamente, de ahí que el tiempo de cumplimiento efectivo de aquélla aún se habría acortado más. Cuando, en el año 2008, se produjo la decisión judicial que le aplicó el sistema de cómputo de las redenciones de un modo completamente distinto (perjudicial para la afectada) tuvo lugar, como señala la resolución del Tribunal Europeo, una aplicación retroactiva desfavorable de la legalidad penal que supuso, de facto, una alteración sustancial de la penalidad que ya había sido establecida judicialmente para ese proceso. Dada la práctica judicial existente hasta ese momento, tal variación de la penalidad no era en modo alguno previsible.

En esas circunstancias, el Tribunal Europeo entendió que esa interpretación retroactiva desfavorable de una legalidad que, con anterioridad, ya había sido aplicada de modo diverso en ese mismo proceso vulneraba el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española). Dicho en términos más sencillos: en el supuesto abordado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 se modificó la pena efectivamente impuesta, con carácter definitivo, a través de un cambio de criterio interpretativo sobrevenido, sorpresivo e impredecible, al que se dio eficacia retroactiva en perjuicio de la interesada.

En el caso que ahora se nos plantea el presupuesto de hecho es justamente el opuesto, ya que la penalidad definitivamente impuesta al recurrente de amparo ha permanecido inalterada, dentro del proceso en cuestión, en coherencia con la normativa y la práctica judicial imperante. El iter procesal del supuesto que nos ocupa demuestra que el recurrente no ha sufrido ninguna modificación retroactiva de la penalidad que le fue, desde un principio, fijada, sino que, al contrario, ha sido el propio recurrente el que ha pretendido dar eficacia retroactiva a una interpretación posible de una normativa sobrevenida con posterioridad. En efecto:

a) Al recurrente se le fijó una pena definitiva (con el correspondiente límite de cumplimiento de 30 años) en el ya citado Auto de 13 de septiembre de 2007, sin que esa pena a cumplir comprendiera la condena que entonces ya había sido impuesta y ejecutada en Francia, país con el que no existía convenio (bilateral o multilateral) del que pudiera surgir, conforme a la práctica judicial entonces existente (a la que ya se ha hecho referencia), expectativa alguna de acumulación. A diferencia del supuesto planteado en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, el demandante nunca obtuvo, por tanto, un pronunciamiento a su favor del que derivara la expectativa de acumular la pena que ya había sido cumplida en Francia. La legalidad penal se le aplicó, pues, de un modo inequívoco y plenamente coherente con la práctica judicial existente.

b) Al dictarse el aludido Auto de 13 de septiembre de 2007, la condena francesa, en cuanto impuesta y cumplida en su integridad por el penado, constituía un elemento de hecho que el recurrente conocía y tenía la posibilidad de invocar a su favor. Sin embargo, durante largo tiempo, el ahora actor ni siquiera entendió que fuera acreedor potencial de la acumulación de esta condena francesa, como lo acredita el hecho de que durante más de 13 años –desde que la cumplió en Francia–, no hiciera ninguna solicitud

en este sentido. Después, aceptó durante más de cinco años la acumulación de condenas acordada por el Auto de 13 de septiembre de 2007. Cuando, por fin, formuló una solicitud expresa para que se le acumulara la condena recaída hacía más de 15 años en el país vecino, tal petición le fue rechazada expresamente en una resolución a la que el penado volvió a aquietarse, pues dejó desierto el recurso de casación que habría podido interponer ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Cuando dicha petición fue rechazada, la práctica judicial no había cambiado en absoluto.

c) Finalmente, y después de todas estas incidencias, el actor pidió nuevamente (el 21 de octubre de 2013) que, en consideración a la Decisión Marco de 2008 (esto es, pidiendo en su favor una aplicación de una legislación penal novedosa que consideraba más favorable a sus intereses) se rectificaran las decisiones previamente adoptadas con carácter firme sobre la pena que había de ser cumplida en España y se le fijara una nueva pena conjunta que incluyera la condena francesa que había sido impuesta en el año 1997 y que había terminado de ejecutarse en Francia en el año 2001. Estando pendiente de resolverse esta nueva petición, recayó en otro proceso distinto la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, que adoptó un criterio interpretativo favorable a la acumulación de la condena extranjera. Ese criterio no fue, finalmente, seguido por la Sentencia del Alto Tribunal (874/2014) que resolvió el recurso de casación del penado, pues dicha resolución rechazó conceder, con los argumentos que se han expuesto en el fundamento jurídico 3, la pretensión formulada.

Estamos, pues, ante un caso opuesto, en su sustrato fáctico, al resuelto por la aludida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013. No hay aplicación retroactiva alguna, dentro del mismo proceso, de un criterio interpretativo desfavorable que venga a sustituir otro más beneficioso que informara la práctica judicial al tiempo de fijarse la pena definitivamente impuesta al recurrente. Al contrario, hay una negativa judicial razonada a rectificar en beneficio del reo la pena que ya había sido impuesta con carácter firme conforme a una práctica judicial inequívoca y constante.

El iter procesal aludido refleja, pues, un puro problema de disparidad de criterios interpretativos seguidos en dos casos distintos (y casi coetáneos) por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con la posible aplicación retroactiva de una normativa novedosa, eventualmente favorable al reo. Toda la queja del actor conduce, así, a un mismo problema de

fondo: que la aplicación a su caso del criterio seguido en la citada Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 habría permitido rectificar en su beneficio la decisión adoptada años atrás en relación con su penalidad. Esto evidencia que el supuesto que el recurrente plantea está muy lejos de afectar al derecho a la legalidad penal –que no es un derecho a la aplicación retroactiva de la interpretación más favorable–, ajustándose, más bien, en su dinámica fáctica, a los problemas que, de ordinario, caracterizan al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley penal (artículo 14 de la Constitución Española). Dicho en otros términos: tratándose de un supuesto de posible aplicación retroactiva de una norma penal más favorable lo único que es constitucionalmente relevante es si las razones que el Tribunal Supremo dio, en la Sentencia que ahora se impugna, para adoptar un criterio interpretativo distinto al utilizado en la previa Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 resultan admisibles desde el punto de vista del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley penal.

5. Todo lo anterior pone de relieve que la queja a la que verdaderamente conduce el supuesto fáctico planteado por el actor es la posible vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española), pues el recurrente considera, en definitiva, que se le debería haber aplicado la acumulación de condenas en los términos de las Sentencias del Tribunal Supremo 1129/2000, 926/2005, 368/2013 y 186/2014 (con cita además de dos Autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que habían seguido el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014). En particular considera el actor que el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no podía rectificar la interpretación efectuada en la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014. Pues bien, la inexistencia de la lesión de tal derecho fundamental resulta igualmente evidente.

En efecto, antes de la expiración del plazo de trasposición de la Decisión Marco de 2008 no puede encontrarse ningún término de comparación válido que resulte favorable al recurrente. Como hemos expuesto en los fundamentos precedentes, las Sentencias del Tribunal Supremo 1129/2000, de 27 de junio, y 926/2005, de 30 de junio, que el actor invoca, reconocieron la acumulación de sendas condenas impuestas en Tailandia, al resultar las mismas amparadas en el Tratado Internacional sobre cooperación en materia de ejecución de condenas penales, en el que así se preveía (artículo 5 del Tratado hispano-tailandés). A su vez, la Sentencia del Tribunal Su-

premo 368/2013, de 17 de abril, que admitió la acumulación de la condena impuesta por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, se sustentó en el artículo 9.3 del Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España y Andorra.

Dichas resoluciones no son términos de comparación válidos, pues al ahora demandante no le amparaba tratado internacional alguno que pudiera servir de sustento al reconocimiento de la condena extranjera a los efectos de acumulación. No hay, en suma, la igualdad de hechos exigida por nuestra doctrina como presupuesto para poder reconocer la invocada vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7, y 132/2005, de 23 de mayo, FJ 3). Es más, el término de comparación más ajustado al caso presente sería, antes de la expiración del plazo de trasposición de la Decisión Marco, el de la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 de diciembre, que resolvió un supuesto igual al que nos ocupa descartando la acumulación a los treinta años de condena de una condena de siete años de prisión impuesta y cumplida en Francia, precisamente por la ausencia de tratado internacional que amparara la pretensión del justiciable.

En cambio, una vez expirado (el 15 de agosto de 2010) el plazo de trasposición de la Decisión Marco de 2008, puede aceptarse como término de comparación la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo, así como los dos Autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que aplicaron el criterio seguido en la misma, que realizan una interpretación dispar de los efectos que la aludida norma debe tener sobre el artículo 76.2 del Código Penal.

En este punto, se observa que el criterio de la indicada Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 fue adoptado por el Tribunal Supremo, actuando en sección de cinco Magistrados, de modo aislado y como primera aproximación interpretativa a la norma europea, sin haber tomado en consideración el contenido del apartado 5 del artículo 3 de la aludida disposición, que, sin embargo, ha sido decisivo en el enfoque adoptado en la Sentencia que ahora se impugna. En ella, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha apartado de esa inicial y aislada exégesis, no a través de un “cambio irreflexivo o arbitrario”, sino en virtud de una interpretación ampliamente razonada de la misma normativa, en la que,

en su legítima función de interpretar la legalidad ordinaria, ha considerado que el verdadero sentido de los preceptos de la citada disposición europea es, según se ha expuesto ampliamente en el fundamento jurídico 3, distinto al que, en una primera aproximación (no seguida de ningún otro pronunciamiento adicional) se apreció en la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014.

De este modo, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo recurrida sirvió, y de ahí que fuera adoptada por el Pleno, para “disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas” en concreto en lo concerniente al valor jurídico y los límites de la interpretación conforme de la Decisión Marco 2008/675/JAI, tomando, ahora sí, en consideración lo dispuesto en su artículo 3.5. El abandono del solitario pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, con sustento en una interpretación ampliamente razonada del apartado quinto del artículo 3 de la Decisión Marco, fue, pues, legítimo en tanto que “razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam” (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; en sentido similar, entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3, y 67/2008, de 23 de junio, FJ 4). No existió, por ello, la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española) invocada por el recurrente en amparo.

6. Finalmente, el demandante afirma que el órgano judicial lesionó su derecho al juez ordinario predeterminado por ley (artículo 24.2 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, por no haber planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, habiendo efectuado una interpretación notoriamente errónea del mismo, como lo demostraría la existencia de votos particulares.

Este Tribunal ha tenido ocasión de precisar que, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, “el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con

carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto” (Sentencia del Tribunal Constitucional 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3). Desde esta perspectiva, nos corresponde ponderar si la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 recurrida en amparo, por la que se deniega el planteamiento de la cuestión prejudicial, está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

Centrada la cuestión en el examen de la argumentación de la Sentencia recurrida, se observa que el Tribunal Supremo aplica en ella la doctrina del “acto claro” respecto del artículo 3.5 de la Decisión Marco, con los argumentos que ya hemos expuesto con detalle en el fundamento jurídico 3 de esta resolución, que, como ya hemos visto, satisfacen las exigencias constitucionales relativas a la motivación desde la perspectiva del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Basta añadir ahora, al trasladar, dada la identidad de canon, esa conclusión al presente motivo de queja que el Tribunal Supremo ha prestado una atención singular en su Sentencia a la implementación realizada en otros Estados de la Unión, a la interpretación que han efectuado otros tribunales casacionales y a la propia exégesis que la Comisión ha realizado sobre la corrección de la implementación en los Estados miembros, elementos de juicio que son de notable interés a efectos de dilucidar la razonabilidad de una decisión relativa a la procedencia de plantear una cuestión prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De otro lado, ninguna relevancia tiene, a efectos de entender vulnerado el derecho fundamental invocado, el hecho de que la Sentencia impugnada contenga varios votos particulares, pues la discrepancia de una parte de los miembros del Tribunal con la decisión adoptada por la mayoría no indica, en modo alguno, que el criterio seguido por ésta deba reputarse irrazonable, arbitrario o no fundado en Derecho. Son los argumentos consignados en la resolución los que deben servir para apreciar la razonabilidad de una decisión judicial. Como ya hemos señalado, dichos argumentos se ajustan a las exigencias constitucionales, sin que corresponda a este Tribunal terciar en cuestiones de legalidad ordinaria.

Por la misma razón, cabe desechar también la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 de la Constitución Española). Basta, para ello, con recordar que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial es ajena a la garantía cuya lesión invoca el

demandante. En el caso que nos ocupa, el órgano judicial ha sido creado por una norma legal que lo inviste de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y cuenta con un régimen orgánico y procesal que no permite calificarlo de órgano especial o excepcional (Sentencias del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2 y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5). La resolución impugnada cumple, pues, con las exigencias propias de la garantía invocada.

Por todo lo expuesto, el Pleno

Acuerda

Inadmitir el recurso de amparo núm. 4001-2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales en representación de don P. J. P. U., con arreglo a lo previsto en los artículos 50.1 a) y 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados.

Publíquese este Auto en el “Boletín Oficial del Estado”.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.

Votos particulares

1. Voto particular que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al Auto de inadmisión dictado en el recurso de amparo avocado núm. 4001-2015.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de nuestros compañeros del Tribunal en la que se sustenta el Auto, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de este, que entendemos hubiera debido de ser de admisión y, en su día, haber dado lugar a una sentencia estimatoria por vulneración, al menos, (i) del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), por haberse hecho un aplicación retroactiva de una situación normativa desfavorable que ha supuesto un alargamiento efectivo del periodo de privación de libertad; y (ii) del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), por la negativa a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. El Voto particular no puede eludir pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

1. Las razones jurídicas por las que consideramos que el presente recurso de amparo no debía haber sido objeto de una decisión de inadmisión “dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados” son coincidentes con las expuestas en su Voto particular por la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, con la adhesión del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que para evitar reiteraciones innecesaria nos remitimos.

No obstante, entendemos que no es suficiente con poner de manifiesto la falta de corrección de esa decisión anticipada de archivar el presente recurso de amparo por motivos de fondo. Desde cualquier criterio hermenéutico comúnmente admitido por la comunidad jurídica que pudiera seleccionarse, no cabe afirmar que las violaciones de derechos fundamentales invocados pueden subsumirse dentro del concepto jurídico indeterminado “manifiestamente inexistentes”. El esfuerzo argumental invertido por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto para acreditar que son “manifiestamente inexistentes”, la extensión con la que se ha desarrollado ese proceso de razonamiento y el hecho de que esta decisión sobre la “admisibilidad” haya sido avocado por el Pleno hace materialmente equiparable este Auto de inadmisión a una sentencia de desestimación. Con la sola ausencia del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, es una decisión que perfectamente podría haber tomado forma de sentencia, ya que (i) tiene por objeto resolver la cuestión de fondo de la eventual concurrencia de la vulneración de los derechos fundamentales alegados y, por tanto, es coincidente con los pronunciamientos que, según el artículo 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debe tener una sentencia; y (ii) ha sido dictada por el Pleno de este Tribunal de una manera extensamente motivada, excepcionando con ello la regla general de que la decisión de inadmisión sea adoptada por la Sección mediante una providencia en que solo se especificará el requisito incumplido.

En estas singulares circunstancias debe comprenderse que nuestro Voto particular, aun lamentando no poder contar con la siempre ilustrativa posición del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, tiene que extenderse también a exponer las razones sustantivas y de fondo en que se fundamenta nuestra discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto. Estas discrepancias se refieren, como ya se ha antici-

pado, al menos, a las circunstancias de (i) haberse hecho una aplicación retroactiva de una situación normativa desfavorable que ha implicado un alargamiento efectivo del periodo de privación de libertad, lo que supone una vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española); y (ii) haberse incumplido el deber de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Ambos aspectos han sido ya destacados y analizados extensamente en los muy ilustrativos y fundamentados Votos particulares formulados a la Sentencia impugnada en este recurso de amparo. Su lectura es complementaria del presente Voto particular que, por razones, obvias no tiene por objeto discrepar de los razonamientos de la Sentencia impugnada sino de la valoración que de esos razonamientos hace la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto desde la perspectiva de los derechos fundamentales invocados por el recurrente en este recurso de amparo.

II. Sobre la aplicación retroactiva de una situación normativa penal desfavorable que implica un alargamiento efectivo del tiempo de privación de libertad.

2. El recurrente, con invocación de los derechos a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) y a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), ha planteado en este recurso de amparo que se ha hecho una aplicación retroactiva de una norma desfavorable como era la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. La aplicación de esta normativa habría supuesto, en su perjuicio, que no se tomara en consideración, a los efectos de acumulación y determinación del máximo de cumplimiento, el tiempo de privación de libertad pasado en Francia con motivo de una condena impuesta en aquel país.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto rechaza esta invocación partiendo del doble presupuesto de que la resolución judicial impugnada (i) no ha hecho una aplicación retroactiva de la citada Ley Orgánica 7/2014 ni (ii) tampoco una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable. Respecto de lo primero, se afirma que la resolución del Tribunal Supremo apoya su decisión directamente en

una interpretación de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de junio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (Decisión Marco 2008/675/JAI), sin necesidad, por tanto, de acudir a la Ley Orgánica 7/2014 más que a efectos de refuerzo de tal tesis. Respecto de lo segundo, se afirma que, si bien la resolución del Tribunal Supremo ahora recurrida en amparo mantiene una divergencia interpretativa con la previa Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 186/2014, de 13 de marzo, esto no implica una aplicación retroactiva que haya generado un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso, ya que la penalidad definitivamente impuesta al recurrente ha permanecido inalterada en coherencia con la normativa y la práctica judicial imperante. Al contrario, según la opinión mayoritaria en la que se sustenta el auto, lo que ha pretendido el recurrente es dar eficacia retroactiva a una interpretación de una normativa sobrevinida con posterioridad, que es una garantía que está muy lejos de afectar al derecho a la legalidad penal.

Ninguno de esos argumentos, como se expone a continuación, son aceptables.

3. La afirmación de que la resolución impugnada se apoya directamente en una interpretación de la Decisión Marco 2008/675/JAI sin necesidad de acudir a la Ley Orgánica 7/2014 más que a efectos de refuerzo de su tesis no se compeadece con la lectura de las resoluciones judiciales impugnadas.

El fundamento jurídico cuarto, apartado primero, de la resolución judicial impugnada expone, en respuesta a la pretensión del recurrente de que se le aplicara la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, que “sin embargo, como indicábamos anteriormente, el panorama normativo ha experimentado una relevante modificación después de dictada la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo. Como esta resolución indica, en ese momento operábamos en ausencia de normas internas que ‘regulen expresamente la materia de una forma terminante’, lo que conllevaba una interpretación de las normas vigentes (la sentencia cita en su texto los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal) de manera más conforme posible con la Decisión Marco. Pero en el momento actual ya contamos con legislación nacional que re-

gula expresamente la materia, como es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre...”.

Se insiste en ello en el párrafo final de ese apartado 1 del fundamento jurídico cuarto al señalar que “en consecuencia, ya no operamos en un marco en el que existe una norma de la Unión (Decisión Marco 2008/675/JAI), pero con ausencia de normas internas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, que es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo. Sino que, partiendo del hecho de la existencia de la norma comunitaria, ya contamos con: (i) norma interna que la incorpora, que es la Ley Orgánica 7/2014, de 13 de noviembre; (ii) que regula expresamente la materia, como se deriva de sus artículos 1, 14 y 15 y disposición adicional única; y (iii) de una forma terminante, sobre todo en lo referente a los casos en que las condenas no tendrán efectos (artículo 14.2) y al establecer un límite temporal a partir del cual se reconocen efectos a las condenas en el extranjero: 15 de agosto de 2010”.

Las afirmaciones de ese tenor se repiten a lo largo del apartado segundo de ese fundamento jurídico cuarto cuando se expone que “ahora bien, como indicábamos, esta interpretación ya no puede ser mantenida ante la modificación legislativa operada con posterioridad, lo que impide mantener la interpretación del citado precedente. Sin perjuicio de que la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, es una norma que se proyecta al futuro, aporta un nuevo ingrediente a la interpretación que debe hacer los tribunales. Ello porque de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo a los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal de la manera más conforme posible con la Decisión Marco, nos encontraríamos con un supuesto de interpretación contra legem del Derecho nacional. Ello por cuanto la interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 supone reconocer la acumulación en supuestos excluidos ahora expresamente por el artículo 14 de la Ley Orgánica”.

Por tanto, al contrario de lo que afirma la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, lo que se pone de manifiesto en las resoluciones impugnadas es que (i) fue la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 la que, en ausencia de una transposición en plazo de la Decisión Marco 2008/675/JAI, hizo una interpretación de esa decisión marco para concluir que la única interpretación conforme con la misma era reconocer la acumulación de las condenas impuestas y ejecutadas en otros países de la Unión Euro-

pea para dar eficacia al principio de reconocimiento mutuo; y (ii) fue la Sentencia judicial ahora impugnada en amparo la que cambió ese criterio interpretativo al considerar que, una vez que había entrado en vigor la Ley Orgánica 7/2014, en que se transponía la citada Decisión Marco, sería una interpretación contra legem [en contra de la ley].

En conclusión, está reconocido expresamente en las resoluciones impugnadas que el elemento esencial para disentir de la línea jurisprudencial establecida en la previa Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 es la decisión legislativa consistente en la aprobación de la Ley Orgánica 7/2014 y, en su contemplación, prohibir la toma en consideración de las condenas impuestas y cumplidas en el extranjero a efectos de acumulación. En ese contexto opinamos que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto fundamenta su decisión de inadmisión en un presupuesto fáctico que no se compadece con la realidad. No se trata –como se pretende– de una mera divergencia de criterios interpretativos sucesivos a la que hubiera sido ajena una decisión legislativa.

4. Esta conclusión resulta relevante y de especial importancia en el marco de una jurisprudencia constitucional como la española, que solo parece asumir plenamente la garantía de irretroactividad peyorativa en relación con la aplicación de normas formales y no con los cambios jurisprudenciales (así, Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2012, de 29 de marzo, FJ 3). En este contexto, la posibilidad de considerar vulnerado el artículo 25.1 de la Constitución Española solo puede vincularse, bien a la aplicación en sentido estricto de una norma jurídica, bien a la aplicación de una interpretación jurisprudencial que, como sería este caso, directamente se ancle en una modificación legislativa sobrevenida. En este último caso, se pondría en evidencia que aunque formalmente se trata de una mera variación jurisprudencial, materialmente, que es lo esencial desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad penal, se trata de la aplicación retroactiva de una decisión legislativa.

Desde la perspectiva del artículo 7.1 del Convenio europeo de derechos humanos, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta cuestión no tiene tanta relevancia pues aquel Tribunal profesa una idea integradora del concepto de Derecho que incluye tanto el de origen legislativo como jurisprudencial. De ese modo ha declarado que no cabe descartar “la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales

después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la “pena² impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del Convenio. De otra manera, los Estados serían libres –modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo– de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas ex post facto en su detrimento” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España, § 89).

De ese modo, acreditado que la interpretación controvertida en la resolución impugnada en este amparo tiene como razón operativa la decisión legislativa plasmada en la Ley Orgánica 7/2014, es preciso examinar si se trata de una aplicación retroactiva –sea de una norma o de una nueva jurisprudencia directamente vinculada con un cambio legislativo– de carácter peyorativo, en contra de lo que sostiene la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto del Tribunal.

5. Pues bien, tampoco puede aceptarse, en nuestra opinión, la afirmación mantenida por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto en el sentido de que el nuevo criterio interpretativo instaurado en la resolución impugnada en amparo es producto de una mera divergencia interpretativa que no implica una aplicación retroactiva que haya generado un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso, y de que la penalidad definitivamente impuesta al recurrente ha permanecido inalterada en coherencia con la normativa y la práctica judicial imperante.

La posición mayoritaria en la que se sustenta el Auto, siguiendo en ello también a las resoluciones impugnadas en amparo, que no discuten ese aspecto, parte del presupuesto de que la decisión de incluir o no las sentencias emitidas y cumplidas en un país de la Unión Europea en la acumulación de penas para el computo de los límites máximos de cumplimiento previstos en el artículo 76 del Código penal no constituye una mera medida de ejecución de una pena que no queda abarcada por la prohibición de una

aplicación retroactiva en caso de ser peyorativa. Este Tribunal, cuando se enjuició el cambio jurisprudencial en la aplicación del cómputo de la reedición de penas por el trabajos en los casos de acumulación de condenas provocado por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 febrero, defendió que dicha cuestión quedaba fuera del ámbito del derecho fundamental a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución Española, por tratarse de la ejecución de una pena privativa de libertad. Sin embargo, no parece ahora controvertido considerar, siguiendo en ello la jurisprudencia sentada en relación con el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España, que nos encontramos ante una institución que, al incidir sobre la extensión de la pena privativa de libertad que debe ser efectivamente cumplida por la comisión de un ilícito penal, queda enmarcada en el ámbito de aplicación de la prohibición de retroacción peyorativa de las normas penales que consagra el artículo 25.1 de la Constitución Española.

6. A partir de ello, para apreciar la existencia o no de una eventual aplicación retroactiva de carácter peyorativo, es preciso atender a la sucesión de situaciones normativas –incluyendo su interpretación jurisprudencial– sobre la posibilidad de tomar en consideración las condenas impuestas en el extranjero para la acumulación y determinación del periodo máximo de cumplimiento efectivo. A esos efectos, pueden identificarse, según la resolución impugnada en amparo, tres periodos temporales diferenciados:

(i) El primer periodo se extiende hasta el incumplimiento por parte del Estado español del plazo de transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI, que se produce el 15 de agosto de 2010. En ese periodo es cuando se cometieron y enjuiciaron los hechos cometidos Francia y en España y se tomó una primera decisión sobre la acumulación y determinación del máximo de cumplimiento del recurrente (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2009). La situación normativa, en la interpretación y concreta aplicación jurisprudencial que se hacía de estos supuestos, no puede afirmarse que implicara de una manera indubitada y concluyente la posibilidad de tomar en consideración en esta operación las condenas de prisión cumplidas en Francia.

(ii) El segundo periodo se extiende desde el 16 de agosto de 2010 –transcurso del plazo de transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI sin dar cumplimiento a la obligación de trasposición– hasta el 2 de

diciembre de 2014, que es cuando se produce la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014 de transposición de la citada Decisión Marco. En ese periodo es cuando se realizan sendas solicitudes de acumulación de fecha 13 de junio y 21 de octubre de 2013. La situación normativa, en la interpretación y concreta aplicación jurisprudencial que se hizo en la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo, determinaba la posibilidad de acumulación de las condenas impuestas y cumplidas en un país de la Unión Europea por aplicación del principio de la interpretación conforme con la normativa europea establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005, caso Pupino, asunto C-105/03, en los casos de incumplimiento de transposición en plazo de las decisiones marco. Los avances en el proceso de integración europea y en el desarrollo normativo comunitario vinculado a los principios de reconocimiento mutuo y eficacia recíproca de resoluciones penales inhabilitaban ya, también desde la perspectiva del ejercicio del *ius puniendi* [derecho de castigar] estatal de la apelación al anquilosado principio de soberanía que había servido en el primer periodo a la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 de diciembre, como sustento argumental para concluir la prohibición de acumulación de condenas impuesta y cumplidas en otros países de la Unión Europea.

(iii) El tercer periodo se extiende desde el 3 de diciembre de 2014 –entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, que traspone la Decisión Marco 2008/675/JAI–. En este periodo es cuando se resuelve en casación la solicitud de acumulación cursada por el recurrente el 21 de octubre de 2013. La resolución impugnada viene a establecer para este periodo dos situaciones diferenciadas: la primera se refiere a aquellos supuestos en que, por razón del tiempo, la Ley Orgánica 7/2014 no resulta directamente aplicable. En tales casos, como es el presente, la situación normativa, en la interpretación y concreta aplicación jurisprudencial que se hizo en la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, ahora impugnada en amparo, determina la imposibilidad de tomar en consideración condenas previas impuestas en países de la Unión Europea al no ser ya posible hacer una interpretación contraria a la Ley Orgánica 7/2014, aun no siendo directamente aplicable al caso. La segunda se refiere a aquellos supuestos en que, por razón del tiempo, la Ley Orgánica 7/2014 ya resulte directamente aplicable.

7. Esta sucesión normativa permite extraer algunas conclusiones para valorar la eventual existencia de una aplicación retroactiva de carácter peyorativo:

(i) En el periodo temporal en que se cometieron y se enjuiciaron los hechos en Francia y España y se resolvió la primera solicitud de acumulación, la situación normativa –jurisprudencialmente interpretada– no era inequívocamente favorable a la pretensión de acumulación. Por tanto, en ese concreto aspecto, tiene razón la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto en el sentido de que no resulta justificado establecer durante ese periodo temporal ninguna expectativa legítima de acumulabilidad.

(ii) En el periodo temporal en que se realizaron las sucesivas solicitudes de acumulación, una vez transcurrido el plazo establecido en la Decisión Marco 2008/675/JAI para su transposición sin que se hubiera dado cumplimiento por parte del Estado español, la situación normativa–jurisprudencialmente interpretada– era favorable a la pretensión de acumulación. En ese contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 no representa una resolución aislada, sino que fue la norma jurisprudencial que estableció una regla que inmediatamente fue acatada y aplicada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ante las diversas solicitudes que se le cursaron. Por tanto, supone una situación normativa intermedia más favorable al recurrente susceptible de generar una expectativa legítima de acumulabilidad en aplicación del principio de aplicación retroactiva de una situación normativa favorable.

(iii) La resolución en casación de la solicitud del recurrente por la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, que es la ahora impugnada en amparo, supuso el punto inicial del cambio de la situación normativa más favorable instaurada por la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 pero, como ya se ha expuesto, no a partir de un mero cambio o divergencia del criterio jurisprudencial, sino justificada en el advenimiento que un acto legislativo –la Ley Orgánica 7/2014– que, aun no siendo directamente aplicable por razones de tiempo, inhabilitaba dicho criterio hermenéutico. La Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 sirvió de base para, primero, ir revocando en casación las decisiones de acumulación ya acordadas por la Audiencia Nacional (así, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 178/2015, de 24 de marzo, 235/2015, de 23 de abril, o 270/2015, de 30 de abril) y, segundo, para que la Audiencia Nacional volviera a cambiar su anterior práctica jurisprudencial y denegara las sucesivas acumulacio-

nes que se le solicitaban (así, por ejemplo, Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 40/2015, de 9 de junio; o 68/2015, de 21 de julio). Por tanto, se consolidó una situación normativa novedosa inequívocamente contraria a la pretensión de acumulación y, por tanto, de carácter peyorativo, frustrando con ello las legítimas expectativas creadas con la situación normativa previa.

8. De todo lo anterior se deriva que, en oposición a lo mantenido por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, la decisión judicial impugnada supone la aplicación retroactiva de una situación normativa peyorativa con una repercusión efectiva en la extensión de la pena privativa de libertad que debe cumplirse por la comisión de un hecho ilícito que de una manera sorpresiva ha frustrado expectativas legítimas de aplicación de una normativa previa más favorable vulnerando con ello el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española).

En efecto, concretando todos los elementos exigibles para apreciar la concurrencia de la citada vulneración en el presente caso se constata lo siguiente:

(i) La posibilidad de tomar en consideración penas ya cumplidas en otro país a los efectos de valorar su acumulación para determinar el máximo de cumplimiento de una pena privativa de libertad queda incluida dentro del alcance de la prohibición de aplicación retroactiva de normas penales establecida en el artículo 25.1 de la Constitución Española. Por un lado, es una operación que sirve para determinar de manera efectiva la extensión de la pena de prisión que debe cumplirse. Por otro, tal como ya se reconocía en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España, § 98, el resultado de la determinación del tiempo de cumplimiento máximo derivado de la acumulación de condenas tiene la consideración, de acuerdo con nuestro ordenamiento interno, de una pena nueva y autónoma que hace indubitada la aplicación de las garantías del principio de legalidad previsto en el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

(ii) La circunstancia de que esta nueva situación normativa generada por la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 se pretenda imputar en exclusiva a la modificación de una interpretación jurisprudencial tampoco

impide que se incluya en la prohibición de aplicación retroactiva de normas penales establecida en el artículo 25.1 de la Constitución Española. Por un lado, ha quedado constatado que esta nueva situación normativa se ha visto directamente justificada en la existencia de una intervención legislativa como era la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, que prohibía expresamente la acumulabilidad de las condenas producidas en otros países de la Unión Europea; y, por otro, tal como ya se reconocía en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España, resulta indiferente, al menos a los efectos del artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la nueva situación normativa derive de una medida adoptada por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales.

(iii) El hecho de que esta nueva situación normativa generada por la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 se fundamente como razón jurídica esencial en una expresa previsión legal prohibitiva de la acumulación que entraba en vigor el 3 de diciembre de 2014 pone de manifiesto que implica una aplicación con carácter retroactivo no solo respecto del momento en que se cometieron los hechos o se produjeran las condenas, sino también del en que se solicitó la acumulación.

(iv) La circunstancia de que esta nueva situación normativa generada por la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 tenga como consecuencia jurídica la prohibición de tomar en consideración las condenas ya cumplidas en otro país de la Unión Europea a los efectos de establecer el límite máximo de cumplimiento y determinar el tiempo que ya se ha liquidado de la pena privativa de libertad pone de manifiesto su carácter peyorativo, ya que implica un alargamiento efectivo del periodo de pérdida de libertad en relación con el resultante de la aplicación de la situación normativa anterior.

(v) La preexistencia de una situación normativa generada por la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, más favorable al reo, pone de manifiesto que la posterior derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 supuso la frustración de legítimas expectativas del recurrente. Es un hecho no controvertible que, con independencia de su tiempo de duración, la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 vino a consagrar una situación normativa consolidada y vinculada a una interpretación conforme Decisión Marco 2008/675/JAI que fue efectivamente aplicada de manera firme a diversas solicitudes de acumulación resueltas tras el incumplimiento del plazo de transposición de la citada Decisión Marco. Por

tanto, de haberse resuelto la solicitud del recurrente en ese lapso temporal, como ocurrió con otros solicitantes, se habría visto beneficiado de las consecuencias de esa situación normativa.

Ciertamente, como ya se ha señalado, la frustración de esas expectativas no se produce –como parece considerar relevante la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto–, en relación con la situación normativa cuando se cometieron los hechos, sino en relación con esta situación intermedia más favorable. Esta circunstancia no representa ningún obstáculo. Nadie ha controvertido en la vía judicial previa que la solicitud de acumulación del recurrente, en caso de no haberse producido este cambio jurisprudencial, hubiera debido de ser resuelta conforma a esta situación intermedia más favorable. En cualquier caso, aunque se pretenda establecer como parámetro temporal el momento de comisión de los hechos, la necesidad de que se haga una aplicación de esta situación intermedia –más favorable que la imperante cuando se cometieron los hechos o fueron enjuiciados– es también una garantía ínsita en el derecho a la legalidad penal reconocida expresamente en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2009, asunto Scoppola c Italia –núm. 2–, también ha establecido que es una de las dimensiones de este derecho consagrado en el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El hecho de que la jurisprudencia de este Tribunal haya sido hasta ahora renuente a incluirla de manera precisa en el artículo 25.1 de la Constitución Española a los efectos de que pueda invocarse en el recurso de amparo (así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2008, de 31 de enero, FJ 5), limitando su encuadre en el artículo 9.3 de la Constitución Española (así, ya Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7), no impide tener una legítima esperanza en que esa jurisprudencia sea en un futuro inmediato reconsiderada por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución Española a la luz de la evolución del Derecho internacional y regional de los derechos humanos, ni reconocer que, en todo caso, la negativa a hacer una aplicación retroactiva de una norma penal favorable es susceptible de ser considerada lesiva de derechos fundamentales por invocación de los artículos 17.1 o 24.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española (así, Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1994, de 10 de junio, FJ 1).

(vi) El advenimiento de esta nueva situación normativa generada por la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 ha resultado sorpresiva e imprevisible para el recurrente. Era indubitada la situación normativa favorable a la acumulación que vino a modificar la citada Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014. En ese contexto, no cabía esperar, ni siquiera con el asesoramiento pertinente, que la mera entrada en vigor de una transposición tardía de la Decisión Marco 2008/675/JAI por la Ley Orgánica 7/2014 –que en ningún caso podía tener efectos retroactivos– pudiera llevar a un órgano judicial a establecer una jurisprudencia que, afirmando que no cabía hacer aplicación directa de la prohibición de acumulación prevista en el artículo 14 de la Ley Orgánica 7/2014, por no resultar temporalmente posible, sin embargo alterara la anterior jurisprudencia de manera tal que formal y materialmente llevara a resultados absolutamente coincidentes con las consecuencias jurídicas previstas en esa norma posterior con el argumento –cuya trascendencia operativa no puede pasar inadvertida– de que ya no cabía una interpretación que la contradijera.

9. En definitiva, creemos que las razones expuestas acreditan que los argumentos utilizados por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto no resultan mínimamente consistentes para rechazar la invocada prohibición de la aplicación retroactiva de una situación normativa en perjuicio de un condenado.

El Voto particular formulado a la resolución impugnada por el Magistrado don Joaquín Giménez García, con la adhesión de otros cinco Magistrados, afirma que “cualquier lector ya habrá comprendido que la intención de la Ley Orgánica 7/2014 ha sido la de cerrar la posibilidad de recortes en las de penas a cumplir por miembros de la organización terrorista ETA, condenados por crímenes gravísimos como es conocido por todos, a consecuencia de la acumulación de las condenas dictadas por los Tribunales franceses a las dictadas por los Tribunales españoles”. Nada hay que decir, desde la perspectiva constitucional, a esa pretensión. Sin embargo, al igual que el artículo 25.1 de la Constitución Española impide al legislador que la Ley Orgánica 7/2014 pueda resultar de aplicación a hechos o delitos cometidos antes de su entrada en vigor en la medida en que altere situaciones normativas más favorables –y, siendo consciente de ello, la resolución judicial impugnada niega su aplicabilidad al recurrente–; también a los órganos judiciales alcanza esa prohibición constitucional y no pueden, bajo la apariencia de meras divergencias interpretativas,

llegar a las mismas consecuencias jurídicas que la Constitución prohíbe para el legislador.

La propia resolución impugnada reconoce que la creación de una situación normativa favorable a la aplicabilidad de las condenas en Francia, consolidada jurisprudencialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, fue provocada por la desidia del Estado español que no transpuso en tiempo las posibilidades de excepcionar o limitar el principio de reconocimiento mutuo recogidas en el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, obligando a que se interpretaran las reglas de acumulación del Código penal de conformidad con una norma cuya vocación era establecer como regla general la toma de consideración de esas resoluciones en aplicación del principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca. A partir de ello, las posibilidades de revertir las beneficiosas consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de esa situación normativa, por mucho que sus principales acreedores fueran miembros de una organización terrorista, no solo quedaban constitucionalmente vedadas al legislador y al poder ejecutivo, sino que también imposibilitaba a los órganos judiciales su rectificación por la vía pretendida en la resolución judicial impugnada.

El Estado español parece haber acatado las consecuencias jurídicas derivadas de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España, en relación con un supuesto con patentes analogías con el presente. Este nuevo pronunciamiento judicial ahora recurrido en amparo y la decisión de inadmitirlo por razones de fondo parecen evidenciar, a nuestro juicio, que o bien no se comprendieron las razones sustantivas y de garantía de los derechos fundamentales que provocaron aquella decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o bien se hace de ellas un tratamiento excepcional solo en atención a sus potenciales beneficiarios. Los errores, las decisiones o la desidia del legislador español no pueden ser enmendadas por los órganos judiciales a consta del sacrificio de los derechos fundamentales. Cuando eso sucede, es labor del Tribunal Constitucional remediarlo sin esperar la decisión de otras instancias jurisdiccionales internacionales.

III. Sobre la negativa a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial para determinar si la previsión de la Ley Orgánica 7/2014 de hacer inviable la acumulación de condenas del res-

to de países de la Unión Europea es compatible con la Decisión Marco 2008/675/JAI.

10. Una segunda cuestión que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, suscita este recurso de amparo es determinar si, aun asumiendo que la aplicación que se hace por vía interpretativa de la Ley Orgánica 7/2014 no resulta contraria a los artículos 17.1 y 25.1 de la Constitución Española, la decisión judicial de no plantear una cuestión prejudicial sobre si la previsión de la Ley Orgánica 7/2014 de hacer inviable la acumulación de condenas del resto de países de la Unión Europea contradice a la Decisión Marco 2008/675/JAI vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto considera que es manifiesto que no concurre esa vulneración con fundamento en que los argumentos expuestos en la resolución impugnada para justificar la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial se basan en la doctrina del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acto claro y la resolución ha hecho expresas las razones por las que consideraba que había una clara interpretación del precepto sin incurrir en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional.

En este caso, nuestra discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto radica (i) en la insuficiente caracterización que se hace de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acto claro como excepción a la obligación del planteamiento de una cuestión prejudicial establecida en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; y, en relación con ello, (ii) en la afirmación de que el órgano judicial no incurrió en ningún defecto constitucional de motivación al argumentar que concurría este supuesto excepcional y no resultaba obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial.

11. La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto se limita a afirmar que en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada se ha hecho una aplicación razonada de la doctrina comunitaria del acto claro para argumentar que concurría esta situación excepcional que enervaba la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial. Ahora bien, en la medida en que no entra a analizar el sentido y alcance de esa doctrina comunitaria, la defensa que hace respecto de la constitucionalidad de su aplicación por el órgano judicial de casación no responde al

control de constitucionalidad establecido al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular.

Este Tribunal ha afirmado que el parámetro de control impuesto a este tipo de decisiones bajo la invocación del artículo 24.1 de la Constitución Española consiste en verificar que la resolución judicial “se funda también en una interpretación razonable y motivada del régimen jurídico del planteamiento de la cuestión prejudicial, y que sigue además la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el «acto claro»” (así, Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7). En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere que los tribunales nacionales no solo aporten las razones para negarse a plantear una cuestión prejudicial sino que, además, esas razones estén fundadas en las excepciones previstas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que determina que deberán argumentar, en lo que concierne al supuesto del acto claro, que la correcta aplicación de la legislación comunitaria es tan obvia que no deja margen para ninguna duda razonable (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2014, asunto Dhahbi c Italia).

De ese modo, en atención a esta jurisprudencia, un análisis de la constitucionalidad de este tipo de decisiones judiciales sólo puede hacerse tomando en consideración el papel central que juega la institución de la cuestión prejudicial dentro del sistema del Derecho de la Unión para identificar correctamente cual debe ser el objeto sobre el que recaiga el razonamiento del juez nacional al decidir sobre este particular.

12. El artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: ... b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”. En este marco normativo, no es controvertible que (i) el Tribunal Supremo español es un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno, ya que el recurso de amparo

ante el Tribunal Constitucional no constituye “recurso judicial”; y (ii) que es una obligación, y no solo una potestad, el plantear en estos casos la cuestión prejudicial cuando concurra un problema interpretativo en aras de respetar la competencia privativa otorgada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el particular. La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido ya desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, asunto 283/81, una serie de excepciones a esa obligación, entre las que está, por lo que atañe a este caso, que “la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad”.

En este contexto jurisprudencial comunitario, el control de constitucionalidad que debe efectuarse sobre la decisión del órgano judicial de casación de abstenerse de plantear la cuestión prejudicial no puede quedar limitado, como hace la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, a una mera valoración abstracta sobre si se ha dado cumplimiento a un genérico deber constitucional de motivación de no incurrir en arbitrariedad, falta de racionalidad o error patente, a través de la exposición de las razones por las que se considera que es posible y asumible la interpretación pretendida y proyectada por el órgano judicial nacional de la normativa comunitaria. El planteamiento de la cuestión prejudicial es una obligación ineludible para el órgano judicial derivada del Derecho de la Unión fundamentada en la doble idea de que (i) el único competente para interpretarlo en caso de dudas hermenéuticas es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y (ii) tiene como finalidad evitar la proliferación de interpretaciones nacionales del Derecho comunitario que no pueden resultar unificadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la carencia de mecanismos impugnativos a posteriori.

Por tanto, la decisión de no plantear una cuestión prejudicial solo cumplirá con el deber de motivación de estar fundada en Derecho cuando los razonamientos judiciales tengan por objeto poner de manifiesto no que la

interpretación pretendida por el órgano judicial es una de las que tiene cabida en la norma comunitaria, sino que no existen dudas sobre la posibilidad de que haya otras interpretaciones que tienen cabida en esa normativa comunitaria. Solo de ese modo se puede garantizar que la cuestión prejudicial cumple con la función que tiene encomendada dentro del sistema de Derecho de la Unión.

13. En el presente caso, el fundamento jurídico quinto de la resolución impugnada pone de manifiesto que la negativa a plantear la cuestión prejudicial sobre los diversos aspectos de Derecho comunitario que se consideraban dudosos se ha fundamentado exclusivamente en la defensa de que una determinada interpretación tenía cabida dentro de la normativa comunitaria. Sin embargo, no se ha extendido a despejar las dudas que subsistían respecto de la posibilidad de que hubiera otras interpretaciones que también tuvieran encaje en esa normativa y, por tanto, que eventualmente pudieran ser preferidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por los órganos judiciales nacionales de otros países de la Unión.

Esa circunstancia es determinante para negar que la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva fuera “manifiestamente inexistente”, ya que se ha omitido razonar, como era exigencia derivada del deber de motivación de las resoluciones judiciales impuesto por el artículo 24.1 de la Constitución Española para este tipo de decisiones, que la correcta aplicación de la legislación comunitaria es tan obvia en este caso que no deja margen para ninguna duda razonable. Esta omisión es especialmente censurable si se atiende a las especiales circunstancias concurrentes en el caso que ponen de manifiesto que era ostensible para el órgano judicial no sólo la existencia, al menos, de una posible interpretación alternativa; sino incluso que había análisis seriamente fundados de que la interpretación de la normativa comunitaria que pretendía ser la obvia en realidad tenía un difícil encaje hermenéutico por llevar a conclusiones contradictorias con lo pretendido por los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

La existencia de esa posible interpretación alternativa y las serias objeciones de compatibilidad con la finalidad perseguida por la normativa comunitaria aparecen expuestas de forma singularmente extensa y clara en sendos Votos particulares formulados a la resolución judicial impugnada redactados por los Magistrados don Cándido Conde-Pumpido Tourón y don Joaquín Giménez García, que cuentan con su adhesión recíproca y la

de otros cuatro Magistrados. Es innecesario, por tanto, volver a insistir en ello. Esa mera circunstancia debería haber llevado a la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto a no considerar manifiestamente inexistente una vulneración que incluso posteriormente queda puesta más en evidencia cuando se constata que la persistencia de una posible interpretación alternativa y las serias objeciones de compatibilidad con la finalidad perseguida por la normativa comunitaria han sido también expuestas de manera extensa en sendos Votos particulares suscritos por otros ocho Magistrados a los Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 40/2015, de 9 de junio, o 68/2015, de 21 de julio.

Frente a esta evidencia, la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto se limita a afirmar que la presencia de diversos votos particulares en la resolución impugnada no es indicativa de que el criterio seguido por la mayoría incurriera en ningún defecto constitucional de motivación. Con ese razonamiento se desenfoca de nuevo el control de constitucionalidad que debe proyectarse sobre este tipo de decisiones. La importancia que reviste la existencia de esos votos particulares con tan numerosos apoyos para el control de constitucionalidad que nos compete no es que contengan interpretaciones divergentes sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión prejudicial o sobre si resulta más adecuada uno u otra interpretación del Derecho comunitario. Lo relevante es que acreditan que existe una posible interpretación alternativa y, por tanto, que la interpretación pretendida por la mayoría no era tan obvia en este caso que no deja margen para ninguna duda razonable. En esas circunstancias objetivas el planteamiento de la cuestión prejudicial era, a nuestro juicio, obligado. Al no hacerlo así, sin necesidad de entrar a dilucidar cuál de las alternativas interpretativas del Derecho comunitario es preferible –que es cuestión que compete resolver al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la vía, precisamente, de la cuestión prejudicial– y desde una mera posición de control externo que se limita a constatar la existencia de esas alternativas interpretativas, se pone de manifiesto que la negativa a plantear la cuestión prejudicial constituye una decisión no fundada en Derecho que debe estimarse lesiva del artículo 24.1 de la Constitución Española.

En conclusión, la negativa a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial –para determinar si la previsión de la Ley Orgánica 7/2014 de hacer inviable la acumulación de condenas del resto de países de la Unión Europea es compatible con la Decisión Marco 2008/675/

JAI— vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al omitir la existencia de dudas razonables sobre la posibilidad de que hubiera otras interpretaciones que tuvieran cabida en la normativa comunitaria, en un contexto que de manera objetiva ponía de manifiesto la existencia de esas alternativas interpretativas, omitió razonar de manera suficiente sobre la concurrencia de una excepción a la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.

2. Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías al Auto dictado en el recurso de amparo avocado núm. 4001-2015, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

En ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, expreso mi discrepancia con el Auto.

1. En primer lugar, creo que es necesario comenzar mi argumentación destacando la fase del procedimiento en el que nos encontramos. No resulta inocua esta circunstancia a efectos de entender mi posición. Con el Auto aprobado por la mayoría se está rechazando un recurso de amparo, en trámite de admisión, por considerar manifiesta la inexistencia de la violación de los derechos fundamentales denunciados por el recurrente. A diferencia de mis compañeros Magistrados, no puedo descartar prima facie su “verosimilitud” y, por supuesto, considero que cumplía con el requisito de la especial trascendencia constitucional. Su admisión hubiera permitido la tramitación del amparo y, una vez efectuadas las alegaciones por las partes y el Ministerio Fiscal, haberse dictado una sentencia que, publicada en el “Boletín oficial del Estado”, diera respuesta a una cuestión de indudable repercusión por tratarse de un asunto que, dadas sus peculiaridades, no sólo ponía en cuestión la vulneración de derechos de fundamentales sino, también, el sistema de fuentes.

2. A mi juicio, y esta es una interpretación personal, estimar que el asunto merece una decisión de fondo por parte de este Tribunal por considerarlo importante “para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación de los derechos fundamentales” [artículo 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], podría ser condición bastante para que el Tribunal Constitucional pudiera decidir la admisión a trámite de un recurso, con independencia del resultado sobre el fondo al que, finalmente, se llegara por sentencia.

Afirmar que para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [artículos 53.2 y 161 1 b) de la Constitución Española y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], por ser indispensable para ello la existencia de la especial trascendencia constitucional del recurso [artículo 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], no quiere decir que apreciada ésta se deba exigir necesariamente la lesión como requisito para su admisión. Sólo por ello, debería haber sido admitido a trámite.

3. En cualquier caso, y prescindiendo de mi posición personal, no puedo afirmar, tampoco, con la rotundidad con la que se hace en el Auto del que discrepo, que en el presente caso la inexistencia de lesión de la violación de los derechos fundamentales invocados sea manifiesta.

La jurisprudencia del Tribunal pronto interpretó, en relación con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional vigente antes de la reforma del 2007, que “el designio del legislador orgánico era que se prescindiera del desarrollo total del procedimiento y de la emanación de una resolución en forma de Sentencia, cuando se percibía desde el primer momento con ‘claridad meridiana’ que ‘la misma en ningún caso podría ser estimatoria’ (Auto del Tribunal Constitucional 52/1980, de 15 de octubre, FJ 2)” (Autos del Tribunal Constitucional 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1; 272/2009, de 26 de noviembre, FJ 1; y 274/2009, de 30 de noviembre, FJ 3). Considero que si dicha interpretación ya era de por sí restrictiva respecto de lo que entonces se denominaba “contenido constitucional”, exigiendo que su falta fuera “patente, clara y notoria” (Auto del Tribunal Constitucional 52/1980, FJ 2), con mayor razón debe serlo tras la citada reforma y su transformación en “especial trascendencia constitucional”.

En el presente caso, el hecho de la existencia de los Votos particulares formulados suscritos por seis Magistrados de los quince que compusieron la Sala de lo Penal Tribunal Supremo, por un lado; haberse considerado necesaria la avocación al Pleno de este Tribunal [artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]; así como la propia discrepancia interna de la que dan constancia los Votos discrepantes formulados por mis compañeros, por otro, debieron resultar suficientes para considerar que procedía la tramitación del recurso de amparo y despejar en sentencia, tras llevar a cabo el correspondiente trámite de alegaciones, la “verosimilitud” de la lesión denunciada.

4. En definitiva, y dado que considero que prima facie no puede descartarse la existencia de lesión, no puedo sino mostrarme a favor de la admisión del presente recurso de amparo. En coherencia con lo expuesto, no creo necesario hacer más consideraciones sobre los argumentos del Auto que llevan a la mayoría a concluir que es manifiesta la inexistencia de la lesión denunciada; que sí habrían procedido, en el caso de discrepar, de haberse dictado una sentencia al respecto.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.

3.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 2ª DE FECHA 01/04/16

No se admite en la acumulación de las condenas una impuesta por un tribunal extranjero.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En rollo de Sala núm 10/1994, ejecutoria 59/2003, por el Procurador, en representación del penado F.J.C.I. fue presentado escrito solicitando la acumulación de condenas incluyendo la condena francesa impuesta por Sentencia 26 de mayo de 1997 por el Tribunal de Gran Instancia de París y se establezca el límite a 30 años de la pena de prisión de conformidad con los artículo 17.5 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 70.2 del Código Penal de 1973.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal ha evacuado el traslado conferido, oponiéndose a la inclusión en la acumulación de condenas de la condena dictada en Francia, en base a las consideraciones que son ce ver en el escrito presentado.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Se interesa por la representación del condenado F.J.C.I. la inclusión en el límite máximo de cumplimiento de las diversas penas

impuestas al mismo de la fijada en la Sentencia dictadas por el Tribunal de Grande Instance de París de fecha 26 de mayo de 1997, pedimento que no puede ser acogido por cuanto si bien es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo 13 marzo 2014, estimando en parte el recurso de casación interpuesto contra una resolución de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, acordó que el Tribunal sentenciador, previa la obtención, por los medios disponibles en derecho, de la documentación necesaria, procediera a incluir la sentencia dictada por el Tribunal francés entre las que deben ser examinadas y consideradas a efectos de la acumulación y, previo examen de las condiciones concurrentes, decidir en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con la Jurisprudencia que lo interpreta, sin que constituya un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la Unión Europea.

No es menos cierto que la propia sentencia mencionada señaló que la acumulación no puede ser automática, sino que en todo caso habrán de examinarse los presupuestos legales exigibles para la acumulación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con la Jurisprudencia que lo interpreta.

Por otro lado, la propia sentencia aludió a la existencia de otra resolución anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2117/2002, de 18 diciembre, en la que se analizó un supuesto coincidente, en el que la pretensión del recurrente consistía en acumular a las penas que, con el límite máximo de 30 años debía cumplir en España, una pena de siete años de prisión ya cumplida en Francia, en la que el Tribunal Supremo acordó la improcedencia de la acumulación, argumentando que “esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes. No se trata de un simple obstáculo procesal, como ocurre cuando en tribunales de la misma jurisdicción nacional no se celebra un solo juicio sino varios para conocer de los diferentes delitos que podrían haber sido objeto de un solo procedimiento. Es que el hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace

que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas...” .

Por otro lado, es de considerar que en la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 expresamente se mencionó que la interpretación en la misma contenida se efectúa “en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante”.

Es esencial destacar que con posterioridad a la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 fue publicada en el BOE la LO 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, la cual ha entrado en vigor, cuyo Preámbulo señala que mediante la misma son objeto de transposición la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal y de la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

El apartado IV del Preámbulo, tras señalar que “El reconocimiento de efectos alcanza no solamente al momento de imposición de la pena, sino que se extiende a las resoluciones que deban adoptarse en la fase de investigación del delito o en la de la ejecución de la pena, por ejemplo, cuando se resuelva sobre la prisión preventiva de un sospechoso, sobre la cuantía de su fianza, la determinación de la pena, la suspensión de la ejecución de una pena o la revocación de la misma, o la concesión de la libertad condicional”, seguidamente añade que “Junto a este principio general, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión Marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración; a efectos de la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; a efecto de las condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; así como en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al ar-

título 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas”.

En dicha línea, el artículo 14, al tratar de los efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea anteriores sobre el nuevo proceso penal, señala, en su apartado 1, que “Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión y b) que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.

Seguidamente, el párrafo 2 del mencionado artículo 14 establece que “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

a).- Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.

b).- Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.

c).- Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b) .

Finalmente, la Disposición Adicional Única de la LO 7/2014 establece que “En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010”.

SEGUNDO.- Por otro lado, después de la indicada sentencia la propia Sala Segunda del Tribunal supremo ha dictado otras resoluciones que se pronuncian en sentido contrario a la acumulación de las penas impuestas en Francia.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, dictada por su Pleno, tras deliberación habida el 13 de enero recuerda cuando fue dictada la Sentencia 186/2014, de 13 de marzo, no existía la vigente la LO 7/2014, de 12 de noviembre, lo que hacía comprensible una solución a favor de la acumulación de la sentencia extranjera, tal como el propio Tribunal Supremo hizo en aquella ocasión. Sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva LO 7/2014, que es la norma a través de la que se incorpora a nuestro ordenamiento DM 2008/675/JAI, la situación ha cambiado.

Dicha sentencia hace referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del caso “Pupino”, de 16 de junio de 2005, sobre el alcance jurídico de las Decisiones Marco, y analiza antecedentes tratados en la propia Sala Segunda sobre acumulación de condenas extranjeras, entre les que cita no sólo su Sentencia 186/2014, de 13 de marzo, sino otras que se pronunciaron en sentido contrario a la acumulación, entre ellas, la 2117/2002 de 18 de diciembre, que ya invocábamos en nuestro auto de 2 de diciembre para rechazar la de la condena francesa a las españolas, que se nos pedía.

La Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y con invocación de la denominada doctrina de la “interpretación conforme” al derecho nacional, en su Fundamento de Derecho Segundo. 4 d.2) transcribe el apartado 47 de la Sentencia “Pupino”, que dice como sigue:

“La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco”.

Más adelante, en el Fundamento de Derecho Cuarto, comienza reiterando que el panorama normativo nacional ha experimentado una notable modificación tras la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, pues, tal como ha sido incorporada a nuestro derecho la DM 2008/675/JAI en la LO 7/2014, junto al principio general de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión europea que incorpora, “con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración (artículo 14.2)”. (La anterior cita tomada, a su vez, del Preámbulo de la Ley).

Transcribe, a continuación, la Disposición Adicional Única, que dice que “en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010”, para añadir que, “es decir, la norma interna no reconoce efectos a todas las condenas en el extranjero de manera ilimitada, sin atender a criterios objetivos y temporales. Sino que, al contrario, limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España de dos maneras: atendiendo a criterios objetivos (artículo 14.2) así como a un criterio temporal imperativo, referido a las condenas anteriores al 15 de agosto de 2010.

En consecuencia, ya no operamos en un marco en el que existe una norma de la Unión (Decisión marco 2008/675/JAI), pero con ausencia de normas internas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, que es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo. Sino que, partiendo del hecho de la existencia de la norma comunitaria, ya contamos con:

i) norma interna que la incorpora, que es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre;

ii) que regula expresamente la materia, como se deriva de sus artículos 1, 14 y 15 y Disposición adicional única;

y iii) de una forma terminante, sobre todo en lo referente a los casos en que las condenas en el extranjero no tendrán efectos (artículo 14.2) y al establecer un límite temporal a partir del cual se reconocen efectos a las condenas en el extranjero: 15 de agosto de 2010”.

Además la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, en relación con que no puede ser mantenida la línea de su Sentencia 186/2014, tras la en-

trada en vigor de la LO 7/2014, añade que esta Ley “...es una norma que se proyecta sobre el futuro, aporta un nuevo ingrediente a la interpretación que deben hacer los tribunales. Ello porque de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo a los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal de la manera más conforme posible con la Decisión marco, nos encontraríamos con un supuesto de interpretación contra legem del Derecho nacional”.

Por último, refiriéndose también la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, que, reiteramos, tenía como base de apoyo la DM 2008/675/JAI, explica el Tribunal Supremo por qué cambia su criterio. En este sentido dice: “Pero ahora, una vez que el legislador ha optado por activar las excepciones que le permite el artículo 3 de la Decisión marco, esa conclusión interpretativa ya no cabe, pues resulta contra legem. El cambio en la interpretación jurisprudencial puede operar siempre que sea razonable y razonado y en este caso hay una razón de peso: se basaba en una Decisión marco no incorporada, como referente interpretativo (que no normativo), pero aquella interpretación ya ha perdido su soporte y contradice la voluntad del legislador”.

El Tribunal Supremo señala finalmente que, en misión de generar seguridad jurídica y evitar desviaciones que pudieran surgir respecto de la doctrina que asienta en esta Sentencia 874/2014, que la nueva Ley Orgánica se proyecta sobre el futuro, aportando un ingrediente a la interpretación que debe ser seguido por los tribunales, y, más en concreto, sobre este particular, termina diciendo en su Fundamento de Derecho Octavo que “finalmente, hemos de declarar, como ya dijimos en la Sentencia del Tribunal Supremo 592/2014 y Sentencia del Tribunal Supremo 593/2014, ambas de 24 de julio, que el recurso de casación cumple la misión de determinar el sentido de la interpretación de la ley, por lo que los tribunales deben atenerse a los pronunciamientos de esta Sala Casacional en materia penal. Así como hemos indicado en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 768/2014, de 11 de noviembre que la casación tiene un alcance que trasciende del caso concreto: homogeneizar la interpretación de la ley, dado que la función nomofiláctica es una de las funciones genuinas y más clásica del recurso de casación”.

En base a lo expuesto, no procede incluir en la acumulación de penas impuestas al condenado F.J.C.I. la establecida en Francia en sentencia dictada el 26 de mayo de 1997.

LA SALA ACUERDA: No haber lugar a incluir en el límite de cumplimiento de treinta años de las penas impuestas en las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en los rollos 10/94, 21/94 y 8/98 a F.J.C.I. la impuesta por el Tribunal de Grande Instance de París de fecha 26 de mayo de 1997, por no proceder la acumulación de esta última pena a las anteriormente mencionadas.

4.- SENTENCIA 81/2016 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 10/02/16

Desestimación de recurso de casación relativo a la acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país distinto e integrante de la U.E.

Antecedentes

Con fecha nueve de junio de 2015 la Sección Tercera de la Audiencia Nacional (Pleno de la Sala de lo Penal), dictó Auto con la siguiente parte dispositiva:

«1.- NO HABER LUGAR A FORMALIZAR CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN RELACIÓN A LA DECISIÓN MARCO 2008/675/JAI, 24 de julio, sobre consideraciones de las resoluciones condenatorias penales en el marco de los países UE, y en lo que se refiere a acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país distinto e integrante de la Unión.

2.- DESESTIMAR la petición de acumulación de condenas impuestas en Francia al penado E. y solicitada mediante escrito con fecha de entrada 16 de julio de 2014.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Se-

gunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, a contar desde la última notificación».

Con fecha 15 de junio de 2015 se emitió voto particular que formulan los magistrados Fernández Prado, Martínez Lázaro, de Prada Solaesa, Sáez Valcarcel y Bayarri García. Con la adhesión de los magistrados Barreiro Avellaneda, Lamela Díaz y Echarri, salvo en lo que respecta al primer motivo (discrepancia con la avocación por el Pleno).

El Voto alcanza la siguiente conclusión:

«... Consideramos que este tribunal debió acordar la suspensión de la solicitud de acumulación de penas instada por la representación procesal del condenado para plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la LO 7/2014 de trasposición de la DM 2008 y, en concreto, formular las siguientes preguntas:

1.- ¿La decisión Marco 2008/675 puede interpretarse en el sentido de que faculta a un Estado miembro a excluir de la toma en consideración de modo equivalente de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales del resto de los Estados de la Unión Europea las que fueran anteriores al 15 de agosto de 2010?

2.- ¿El artículo 3, párrafo 5, de la Decisión Marco 2008/675 puede interpretarse en el sentido de que permite a un Estado miembro excluir del efecto equivalente en la fase de ejecución de condenas, y en relación con los límites máximos de cumplimiento de penas previstas por la legislación interna, en perjuicio del reo, a todas las sentencias condenatorias dictadas por otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales, dando así diferente trato que a las condenas nacionales?

3.- ¿Si es compatible con los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con los principios que inspiran la DM 2008, legislar retroactivamente, limitando los efectos de la aplicación de la DM 2008, en perjuicio de los condenados, cuando ya se habían adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha norma por la jurisprudencia de los tribunales?».

Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional por la representación procesal del recurrente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por E.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución Española en los que establece el principio de legalidad (artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), jerarquía normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y seguridad jurídica en relación a los artículos 96 de la Constitución Española y artículo 76 del Código Penal 1995 y a los artículos 3.1 y 3.2 de la DM 2008/675/JAI , aplicando e interpretando de manera manifiestamente errónea el artículo 76 del Código Penal (antiguo 70.2 del Código Penal) y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Motivo tercero .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica (artículo 9.3 y 25.1 de la Constitución Española y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) en relación con el derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española, 5 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 9.1, 5 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 de la Constitución Española y artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y el artículo 25.2 de la de la Constitución Española en relación con las Reglas Mínimas para

el tratamiento de los reclusos (Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra 1955) y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (artículo 24.2 de la Constitución Española, artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en relación al artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 197 de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de los artículos 18.1 y 2 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, tutela judicial efectiva, sin que quepa indefensión, en relación con el derecho a la libertad establecido en el artículo 17 de la Constitución Española.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto interesando su inadmisión, y subsidiariamente su desestimación, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera. La Asociación Víctimas del Terrorismo representada por la procuradora D^a Esperanza Álvaro Mateo igualmente los impugnó.

- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día tres de febrero de dos mil dieciséis.

- Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

- Formula voto particular el Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO

Una petición accesoria articulada mediante otrosí reclama el planteamiento, antes de resolver, de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 267). Hemos de decidir sobre ello antes que nada. No podemos hacerlo más que remitiéndonos a la respues-

ta dada a igual petición en un grupo ya abultado de asuntos en que se ha suscitado idéntica cuestión. Utilizamos ahora como guía la Sentencia del Tribunal Supremo 789/2015, de 7 de diciembre, una de las no pocas resoluciones que han abordado recursos similares provinientes del mismo órgano jurisdiccional.

Se rechazó la petición de elevar tal cuestión prejudicial por impedirlo la ausencia de uno de sus presupuestos: que el órgano judicial albergue dudas sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión por no ser clara.

Ya argumentó así la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015 primera de toda la serie. Como es conocido, iba acompañada de opiniones discrepantes sobre este particular con las que coincide el impugnante. Como coincide igualmente el voto particular formulado en el seno del Tribunal a quo.

El criterio contrario a activar el mecanismo previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se ha refrendado en un nutrido ramillete de sentencias de esta Sala: Sentencias del Tribunal Supremo 178 y 179/2015, de 24 de marzo, 235/2015 de 20 de abril, 270/2015 y 336/2015, de 7 y 24 de mayo, 562/2015, de 24 de septiembre, 628/2015, de 19 de octubre, 764/2015, de 18 de noviembre, o 789/2015, de 7 de diciembre, 804/2015, de 14 de diciembre y 858/2015, de 22 de diciembre; 8/2016, de 21 de enero; 16/2016, de 26 de enero ó 25/2016, de 28 de enero.

La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si al aplicarla surge la duda se activa la necesidad de elevar la cuestión prejudicial; en particular si se trata del órgano jurisdiccional de última instancia, en el sentido que los describe el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Lo es esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982 –ECLI: EU: C: 1982:335– asunto Cilfit).

De surgir dudas sobre el alcance de la normativa europea que condicionen la respuesta a dar al asunto de fondo sería obligado el planteamiento de una cuestión prejudicial para luego aplicar, en su caso, el principio de supremacía. Pero no existiendo ese estado de duda no procede la cuestión prejudicial (vid mutatis mutandi Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2015 asunto Renard y otros v. Franci).

La doctrina del acto claro es predicable de la cuestión a dilucidar para resolver aquí; si la Decisión Marco 2008/675/JAI, permite a los Estados Miembros excepcionar la toma en consideración de las condenas dictadas por otros Estados Miembros en trance de determinar el límite máximo de cumplimiento (artículo 3.5 Decisión Marco).

Tres son las cuestiones en las que el recurrente concreta la reclamada consulta al Tribunal supranacional:

1.- ¿Los preceptos de la Decisión Marco 2008/675 pueden interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir de la norma de trasposición el efecto equivalente que constituye el objetivo de la Decisión, para todas las sentencias condenatorias de los tribunales del resto de los Estados miembros de la UE anteriores al 15 de agosto de 2010?

2.- ¿El artículo 3, párrafo 5, de la Decisión Marco 2008/675/JAI puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia en relación con los límites máximos de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, para todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales?

3.- ¿La aplicación retroactiva de las restricciones de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, constituye una vulneración del principio de irretroactividad garantizado en el artículo 49 de la Carta de Derechos fundamentales, interpretado en relación con los principios generales sobre la irretroactividad de las normas desfavorables que se deducen del Convenio Europeo para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales conforme al artículo 6.3º del Tribunal de la Unión Europea?”

Ninguna de ellas se revela como idónea para dar contenido a esa reclamada cuestión prejudicial.

Abreviadamente:

Porque en la respuesta a dar al asunto de fondo es dato indiferente la fecha de la condena extranjera. Si se deniega la acumulación no es porque la sentencia sea anterior al 15 de agosto de 2010 y la LO 7/2014 contenga

una previsión al respecto. Ese elemento no tiene influencia alguna en la resolución del caso: es cuestión no pertinente.

Porque, como se razonará, se constata con claridad que la Decisión Marco 2008/675/JAI no impone inexorablemente la consideración de las condenas dictadas y cumplidas en otro Estado miembro a efectos de los institutos de sus respectivas legislaciones penales equivalentes a nuestra acumulación de penas del artículo 76 del Código Penal (absorción, confusión, pena única...).

Porque el rechazo de la acumulación no está basado en la LO 7/2014, de vigencia posterior a los hechos; sino en la aplicación del artículo 76 del Código Penal y su complemento procesal –artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– con el entendimiento tradicional de los mismos que no ha sido alterado sino confirmado por la citada Ley Orgánica. Esa exégesis bien es cierto que no ha sido unánime. Contó con una excepción representada por un pronunciamiento jurisprudencial que consagró un criterio contrario que ha sido revisado y abandonado.

Por tanto, el interrogante b) no suscita cuestión controvertida o discutible en nuestro entendimiento. Por su parte, los interrogantes a) y c) no son pertinentes pues carecen de trascendencia para resolver el asunto que se plantea en casación.

Amplíemos algo estas razones de la mano de la ya más de una docena de sentencias recaídas en ese sentido.

SEGUNDO

La Decisión Marco citada proclama en su primer considerando expositivo la necesidad de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros para desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal. Pero acota el horizonte de sus pretensiones. Deliberadamente excluye de su disciplina la cuestión del non bis in idem; la ejecución de una condena en otro Estado Miembro diverso del que pronuncia la pena, (a cuya regulación se destina otra Decisión Marco, la 2008/909/JAI); o la armonización de los efectos atribuidos a las condenas anteriores en cada Estado Miembro.

Aspira tal instrumento a reconocer a las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea el mismo valor y asignarle

los mismos efectos que una condena nacional anterior, con ocasión de un nuevo proceso: “principio de asimilación” o equivalencia de la condena de otro Estado Miembro a la condena nacional. No obstante hace descansar en las legislaciones nacionales la fijación y asunción o no de algunas de las últimas consecuencias de este principio.

El principio de equivalencia se contiene en su artículo 3.1. El artículo 3.2 lo proyecta a todas las fases del proceso. El enunciado general se combina con el cuidado por evitar que la Decisión repercuta en las condenas anteriores (o en la ejecución de las condenas) de los otros Estados Miembros (artículo 3.3); o que interfiera en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado Miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (artículo 3.4).

Se excluye con claridad meridiana la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, cuando el efecto sea el de la acumulación de condenas, en los términos expresados en su artículo 3.5: «Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso».

En consecuencia si i) la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo; y ii) la aplicación de la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones a las condenas extranjeras limita al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso; entonces, el principio de equivalencia (apartados 1 y 2 de artículo 3) no exige a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones.

A esa autorizada exclusión de esos efectos se acogerá la LO 7/2014 por la que se traspone la Decisión Marco a nuestro ordenamiento. Su artículo 14.1 dispone: “Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España. El artículo 14.2 b) y c) desarrolla la excepción: No obstante lo dispuesto en el apar-

tado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:...

b) Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.

c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b) “.

La reseñada excepción tiene apoyo claro e inequívoco en el artículo 3.5 de la Decisión Marco (segunda cuestión).

Este discurso hace irrelevante que la LO 7/2014, excluya de su ámbito de aplicación las condenas dictadas por cualquier Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010. Si la condena se hubiese dictado con posterioridad a tal fecha la solución sería la misma. Una vez contrastado que la excepción prevista en el artículo 14.2. c) LO 7/2014 es conforme con el artículo 3.5 Decisión Marco, para la resolución de este asunto es intrascendente dicho límite temporal (primera cuestión).

TERCERO

El tenor literal del artículo 3.5 Decisión Marco, sin necesidad de ulterior ni complementaria explicación basta para reputar improcedente la segunda de las cuestiones. Lo argumenta así la Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015:

“El único cuestionamiento a ese entendimiento, que se motiva más allá de una simple negativa, se centra en la expresión “limitar al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el propio proceso”, cuando se afirma que no abarca la determinación del tiempo máximo de cumplimiento de condena, que se tramita conforme a las previsiones del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, propia de la fase de ejecución de sentencia, mientras que la imposición de penas es tarea propia de la individualización que se realiza en la sentencia de condena; pero tal conclusión supone de una parte, la exigencia desorbitada de que los instrumentos jurídicos de la Unión Europea, dictados para todos sus Estados miembros, deban

recoger de manera expresa las denominaciones propias del ordenamiento propio español y por otra, obviar la verdadera naturaleza de la institución regulada por los trámites del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el recurso de su reducción denominativa.

El artículo 988 simplemente es el instrumento procesal para la aplicación del artículo 76.2 del Código Penal; es decir, efectivamente la determinación del máximo de cumplimiento efectivo de condena en caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos, si los hechos, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; en definitiva, la imposición de la pena para el caso de concurso por infracciones enjuiciadas en diversos procesos. Sirva reiterar que el artículo 76 del Código Penal, se encuentra ubicado en la sección de reglas especiales para la aplicación de las penas, dentro de capítulo dedicado a la aplicación de las penas.

En el derecho comparado europeo, esta tarea frecuentemente es propia del Tribunal sentenciador cuando ya conoce la condena anterior y la realiza en la propia sentencia donde enjuicia la comisión delictiva sometida a su conocimiento; de manera que sólo resta para ejecución de sentencia, de forma subsidiaria, cuando no se ha realizado en el momento de la sentencia.

Así el artículo 132-4 del Código penal francés, establece que cuando con ocasión de procedimientos separados, el acusado ha sido declarado culpable de varias infracciones en concurso, las penas pronunciadas se ejecutan acumulativamente con el límite del máximo legal de la más elevada. Pero además precisa, que en cualquier caso, la absorción (confusión) total o parcial de las penas de la misma naturaleza, puede ser acordada, en la sentencia dictada por la última jurisdicción que deba pronunciarse, o bien en las condiciones previstas por el Código de Procedimiento Penal”.

En el Código Penal alemán, tras establecer las reglas para la determinación de la pena global o conjunta (Gesamtstrafe) en el caso de plurales infracciones en los § 53 y 54, que indican en términos generales, su fijación a través de la elevación de la pena más grave en que se ha incurrido, sin que pueda alcanzar la suma de las penas particulares, ni superar en los casos de pena privativa de la libertad temporal quince años; precisa en el § 55 que también se conforma la pena global con la condena firme anterior no cumplida, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a los de esa condena. Y el § 460 del Código Procesal, señala que cuando una persona ha sido condenada en diferentes sentencias definitivas y las disposiciones

relativas a una pena global (artículo 55 del Código Penal) no se tuvieron en cuenta, las condenas se impondrán conforme a la determinación de la pena global en una decisión judicial posterior.

En Portugal, de manera procedimental similar, su Código Penal establece una pena única (pena conjunta) para el supuesto de concurso (artículo 77), si bien con límite máximo en la suma de las penas concretamente aplicadas y que no puede sobrepasar veinticinco años, cuando se trata de prisión y como límite mínimo, la más leve de aquellas penas. Pena única que igualmente pronuncia quien al sentenciar conoce la existencia de condena anterior no extinguida, cuando los hechos que enjuicia son anteriores a esa condena (artículo 78.1).

En Holanda, el artículo 57 de su Código Penal, establece que en caso de concurso, se impone la pena correspondiente a la infracción más grave, que puede ser incrementada en un tercio; y en el artículo 63 que si alguien después de condenado, es enjuiciado por un crimen o un delito cometido antes de la sentencia donde obra la condena, las disposiciones sobre penas concurrentes (*gelijktijdig straf*), son igualmente aplicables; aplicación sustantiva que se fija en la sentencia última.

En Austria, en el caso de enjuiciamiento por delito cometido con anterioridad a una sentencia previa, la determinación del cumplimiento efectivo de condena para esas dos infracciones, tampoco se relega para ejecución de sentencia, sino que conforme al § 31 de su Código Penal, al enjuiciar en último lugar, se pondera la anterior condena y se impone exclusivamente una pena adicional (*Zusatzstrafe*), sin que la suma de ambas condenas pueda exceder de la que fuera imponible en caso de concurso. La misma solución que a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 751/1999, establecemos para el supuesto de diversas infracciones que integrarían delito continuado pero que por avatares procedimentales son enjuiciadas en procesos diversos”.

CUARTO

La gestación de la Decisión Marco puesta en relación con el panorama normativo comparado apenas esbozado abona también de manera inequívoca el entendimiento de esa excepción. La inicial Propuesta de la Comisión [COM (2005)91] de 17 de marzo de 2005 proyectaba el principio de equivalencia, también para el efecto de absorciones y acumulaciones de condenas; tal acumulación de una pena anterior se incluía en la fase del propio proceso, no en la fase de ejecución:

«La existencia de condenas penales anteriores puede surtir efectos en las distintas fases de un nuevo proceso penal:

- durante la fase previa al proceso penal, la existencia de condenas anteriores puede influir, por ejemplo, en las normas de procedimiento aplicables, en la calificación penal de los hechos o en las resoluciones relativas a la detención provisional;

- durante el propio proceso, la existencia de condenas anteriores puede tener consecuencias, por ejemplo, en el tipo de órgano jurisdiccional competente y, con más frecuencia, en la naturaleza y la cuantía de la pena (por ejemplo, exclusión de la remisión condicional o recurso restrictivo a la misma, aumento de la cuantía de la pena impuesta, acumulación o absorción respecto de una pena anterior);

- si se pronuncia una nueva condena, la existencia de condenas anteriores puede tener consecuencias a la hora de determinar las normas que regirán las condiciones de ejecución (por ejemplo, acumulación o absorción respecto de una pena anterior, posibilidad de obtener sustitutivos penales o la puesta en libertad anticipada»).

Es decir, la previsión de ponderar la condena anterior para determinar su acumulación, –razonaba la Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015– se ubicaba en fase del propio proceso y no de ejecución, pues en la determinación de la pena en el caso de varios delitos que, por la fecha, pudieron ser enjuiciados conjuntamente, resulta frecuente en el derecho comparado europeo, que el criterio establecido no sea el de acumulación jurídica que nosotros seguimos, sino el de absorción o de exasperación, de modo que con frecuencia al dictar la nueva sentencia se determina la pena conjunta, global o unitaria a cumplir, ponderando las condenas anteriores e incluso eventualmente anulándolas; o bien meramente una pena adicional; siendo el incidente de ejecución de sentencia a estos efectos, conocido también como “concurso de ejecución” o “concurso posterior”, consecuencia de haberse omitido la determinación punitiva del concurso, enjuiciado en procesos separados, en la última sentencia impuesta.

Pero aún relegado a la fase de ejecución en nuestro ordenamiento, no deja de ser la imposición de la pena para el caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos, si los hechos, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.

Será posteriormente la propia Comisión, la que ejemplifique, con ocasión de informar el estado de la implementación del artículo 3.4 y 3.5 de la Decisión, como concreción de la expresión “imposición de penas”, la de “penas acumuladas”.

El examen de la Proposición, con el resto de los documentos que escalonan el iter formativo de la redacción definitiva de la Decisión, abundan en la relación directa del artículo 5.3, con la resistencia de los Estados miembros a aceptar la obligación de proceder a acumular o a fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas, ponderando la condena dictada por otro Estado miembro.

Pese a los deseos de la Comisión, diversos Estados miembros objetaron que la Decisión conllevara como consecuencia la obligación de la acumulación de condenas (documento del Consejo núm. 11663/06 COPEN 79, de 18 de julio de 2006), lo que motivó la agregación de dos párrafos más a los iniciales 3.1 y 3.2; al tiempo que la ejemplificación de la absorción y acumulación en la parte expositiva, entre los efectos de la asimilación, desaparecía. Holanda, expresó al respecto que no debería ser obligatorio, tener en cuenta la condena extranjera anterior, si de haberse tratado de una condena nacional, la pena impuesta por ésta se habría deducido de la impuesta en el nuevo proceso (documento del Consejo núm. 13101/06 COPEN 100, de 26 de septiembre de 2006, página 5).

La Comisión entiende que algunos Estados califican de maximalista dicha posición y propone una solución de compromiso: “el apartado 1 no se aplicará en la medida en que la consideración del nivel de pena impuesta por la condena anterior dé lugar a la imposición en el nuevo proceso de una pena inferior a la pena que se habría impuesto si la condena anterior hubiera sido una condena nacional”; esta redacción sigue sin ser asumible para diversos Estados, ante la preocupación por el hecho de que la valoración de condenas dictadas por otros Estados miembros pudiera limitar, en algunos supuestos, las facultades del Juez nacional para individualizar su propia condena. La ejemplificación parte de la delegación holandesa, que expresó su preocupación por las posibles consecuencias de los diferentes niveles de las penas en los distintos Estados miembros en relación la legislación de NL. Con arreglo a esta legislación al calcular la pena que ha de imponerse en el nuevo proceso en determinadas circunstancias se deduce de ella la pena impuesta en una condena anterior. Si por ejemplo, en el Estado miembro A se ha impuesto un pena de 5 años en una condena anterior y

NL impondría en un caso posterior, como punto de partida, 5 años, la plena aplicación del principio de equivalencia del artículo 3.1, supondría que no se podría imponer ninguna pena, en el nuevo proceso; lo que consideraba inaceptable (documento del Consejo núm. 13101/01/06 REV 1; COPEN 100, de 29 de septiembre de 2006, nota 3 en la página 11).

Ante el fracaso de la solución de compromiso, se introdujo el apartado 5 del artículo 3, con la redacción que resultaría definitiva. Es decir, el apartado 5 del artículo 3, responde a la necesidad de limitar los efectos que la valoración de una condena impuesta por otro Estado miembro pueda tener en la determinación de la pena por el juez de otro Estado en el nuevo proceso (vd. documento del Consejo núm. 13101/06, COPEN 100, de 26 de septiembre). De ahí su contenido, según el cual, si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que la condena dictada en otro Estado miembro fuera impuesta o ejecutada, los números 1 y 2 del artículo 3 no implicarán que los Estados tengan la obligación de valorar esta última condena, la del otro Estado de la Unión, como si hubiera sido impuesta por un juez nacional.

La consecuencia sistemática fue efectivamente exhortar a ponderar la aplicación de la acumulación o absorción de penas, para paliar en su caso la dureza desproporcionada que la consideración de la condena anterior dictada en otro Estado, pudiera generar en el nuevo proceso (considerandos (8) y (9)); precisamente porque restaba como opción facultativa; pero como mera desiderata.

De modo que, ante la posibilidad de que la aplicación de la Decisión Marco conllevara para el condenado extranjero mayor pena que si la anterior condena hubiera sido pronunciada en el Estado del nuevo proceso, o por razón de la severidad de la condena anterior, la aplicación de la equivalencia resultara desproporcionada, el considerando (8) establece la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; y de manera concatenada, ante la inexigibilidad de ponderar la sentencia del otro Estado miembro a efectos de su acumulación, establece como remedio en el considerando (9), que al menos se admitiera la posibilidad de aminoración punitiva:

“(9) El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano juris-

diccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales”.

Es decir, efectivamente la acumulación jurídica o la determinación del límite máximo de cumplimiento, resulta un instrumento adecuado para estos fines de aminoración punitiva, limitadores de las sanciones que potencialmente puede resultar desproporcionadas con la ponderación de la condena de otro Estado en el nuevo proceso; pero ante la inexigibilidad de su aplicación, se limita a exhortar, al menos su aplicación en estos supuestos desproporcionales, deseo que no ha seguido ningún Estado miembro, pese a lo cual la Comisión, como a continuación exponemos, no entiende que por ello, la implementación transgreda el contenido de la Decisión.

La propia Comisión, en su informe al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (COM (2014) 312 final, de 2 de junio de 2014), precisa que la aplicación del artículo 3, apartados 4 y 5, debe evaluarse a la luz de los principios y procedimientos del Derecho Penal nacional relativos específicamente a la imposición de penas (por ejemplo, penas acumuladas).

Es decir, ejemplifica como concreción de la imposición de penas, las penas acumuladas; y es también en ese informe, donde se indica que “ninguna medida de ejecución de un Estado miembro ha hecho referencia al considerando 8, que prevé que es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de, que con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional”; por tanto, tampoco en su concreción facultativa de ponderar la acumulación jurídica o límite máximo de cumplimiento, como por otra parte se observa en la reducción de efectos que se prevén en las respectivas implementaciones y pese a ello, la Comisión

entiende que el principio de equivalencia y sus efectos jurídicos se aborda adecuadamente en 13 Estados miembros de los 22 que a esa data habían notificado su trasposición. Siendo las medidas de ejecución que se ponderan en la implementación de los Estados miembros, conforme informe la Comisión, las siguientes:

“En algunos Estados miembros, se tienen en cuenta las condenas anteriores durante la ejecución de la sentencia (DE, HR, NL y SE). Por ejemplo, es posible que las condenas anteriores se tengan en cuenta para la decisión sobre la libertad condicional (DE, SE) o la libertad anticipada condicional (DE), o cuando se revoca la suspensión de la pena o medida privativa de libertad (AT, DE). En algunos países, los tribunales también deben tener en cuenta las condenas anteriores a la hora de decidir si una persona condenada debe ingresar en un módulo de alta seguridad (SE) o un centro de reincidentes notorios (NL). A menudo se afirma que los tribunales revocan la suspensión de la pena o medida privativa de libertad si un individuo comete una infracción durante el período operativo (DE, SE). SE también tiene en cuenta las condenas anteriores en la decisión de conmutar una condena a cadena perpetua por un periodo fijo de privación de libertad”.

De igual modo, los tribunales de casación, entienden sin necesidad de explicación adicional, que el contenido del artículo 5.3, excepciona la acumulación jurídica, descuento o absorción de penas en orden a determinar el tiempo máximo de condena; así el propio Tribunal Supremo holandés, en su sentencia, de 19 de febrero de 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9407), en atención al contenido del artículo 3.5 de la Decisión, establece la libertad de su Tribunales para ponderar en cada caso la aplicación de su artículo 63 del Código Penal sobre condenas previas de otro Estado miembro; facultad para excluir la absorción o descuento de esa condena previa de otro Estado al imponer la pena en el nuevo proceso que efectivamente residencia en los órganos jurisdiccionales, aunque la Decisión Marco, en contra de lo que sucede en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, alude en su artículo 3.5 a los “Estados”.

QUINTO

Recapitulando: no albergamos duda alguna de que el Derecho Europeo y en concreto tal Decisión Marco (artículo 3.5) no impone como consecuencia imperativa e insoslayable para los estados la toma en consideración de sentencias dictadas y ejecutadas en otro Estado miembro para fijar

los límites máximos de cumplimiento del artículo 76 del Código Penal. Así se desprende de:

La literalidad del artículo 3.5.

El proceso de formación de su redacción: lo revelan las modificaciones en las reuniones del Consejo JAI del Proyecto de la Comisión, en cuyo origen se sitúa la oposición de diversos Estados miembros a que fuera obligatorio tener en cuenta la condena extranjera anterior, si de haberse tratado de una condena nacional, la pena impuesta por ésta se habría deducido de la impuesta en el nuevo proceso;

La interpretación sistemática del citado artículo 3.5 en el marco de los considerados ocho y nueve Decisión Marco;

La interpretación que del 3.5 realiza la propia Comisión (COM (2014) 312 final, de 2 de junio de 2014), donde ejemplifica como uno de los supuestos de limitación en la imposición de penas, a las “penas acumuladas” la implementación por otros Estados miembros de la Decisión Marco como explica el informe de la Comisión, que no menciona ninguna concreción de efectos referida a supuestos de acumulación o absorción de penas, ni siquiera para evitar un nivel de pena desproporcionado por razón de la sanción anterior en comparación con la nacional donde se desarrolle el nuevo proceso. Pese a ello la Comisión encuentra satisfactoria la trasposición realizada por trece Estados miembros.

La interpretación que realizan de la Decisión Marco otros Tribunales de Casación, que tampoco han sentido la necesidad de activar el mecanismo de la cuestión prejudicial al enfrentarse a igual o parecido problema exegético. Sobre esto nos extendemos a continuación con referencias más concretas (que tomamos igualmente ad pedem litterae de la Sentencia del Tribunal Supremo 16/2016, de 19 de enero).

SEXTO

Ampliamos ahora estos dos últimos argumentos apoyados en jurisprudencia y legislación comparada. La doctrina apunta que para verificar la corrección de la trasposición de una Decisión Marco metodología no deseñable es dirigir la mirada a la forma en que otros Estados miembros la han traspuesto (Decisión Marco o en su caso) y cómo otros jueces europeos hacen aplicación de ese Derecho de la Unión. También en materia interpretativa las fronteras se diluyen: el juez europeo ha de mirar no sólo

al Juez de la Unión (Luxemburgo) sino también a sus iguales. Por eso citar aquí otras legislaciones de trasposición y analizar la jurisprudencia de esos otros Estados es algo más que un ejercicio de erudición o un ilustrado adorno del discurso: es una exigencia del juez europeo que ha de entablar también ese diálogo facultativo, no formalizado y horizontal (crossfertilization) de forma paralela, aunque diferente, a la interlocución obligatoria (si es el último órgano jurisdiccional), oficializada (cuestión prejudicial) y en cierta medida vertical (la decisión vincula) con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dos sentencias de la Corte Suprema de Países Bajos refrendan la interpretación de la Decisión Marco que aquí consideramos clara e incontestable.

a) La primera sentencia (referencia HR: 2009:BG9198: 3.2) examina un supuesto de una condena extranjera: no lleva a producir una pena basada en el artículo 63 del Código Penal. La evolución en el espacio judicial europeo no abocaría a una decisión diferente. Esta sentencia está datada antes de la trasposición pero cuando ya estaba publicada la Decisión Marco (escenario propio de una interpretación conforme).

b) La segunda sentencia (referencia HR: 2013:BX9407) recae con la Decisión Marco ya implementada. Recuerda que la Decisión Marco 2008/675/JHA incluye en su artículo 3 (5) una definición que excluye la aplicación del artículo 63 del Código Penal nacional en caso de condenas anteriores dictadas en otros Estados Miembros de la Unión Europea. Esta sentencia será invocada en el documento oficial del Ministerio remitido al Parlamento (Kamerstuk 32 357, nr. 3, HR:2009:BG9198) explicando la implementación: en ese punto también las afirmaciones de la Memoria son rotundas.

En la Corte de casación francesa se pidió expresamente que se elevase cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo sobre ese punto. Se rechazó tal petición por ser clara la conformidad de su legislación nacional con la Decisión Marco sin suscitarle dificultad alguna la comprensión de ésta y la holgura que otorga a los Estados en ese tema concreto. Es la Sentencia de la Cour de cassation, Chambre criminelle, de 19 de noviembre de 2014 (ECLI:FR:CCASS:2014:CR05955). El recurso había sido interpuesto por una persona condenada en Francia (nueve años por sentencia de 23 de junio de 2006), en Bélgica (ocho años por sentencia de 4 de octubre

de 2005) y en Alemania (siete años por sentencia de 29 de diciembre de 2003), donde la última sentencia, pronunciada en Francia, ya había sido ejecutada. Cuando solicita la confusión (sistema de determinación de la pena en el caso de condena por varias infracciones que conlleva absorción total o parcial por la pena más grave de las recaídas en los otros procesos) de las penas impuestas en los tres Estados, se encuentra cumpliendo en Bélgica. La sentencia de instancia niega la petición haciendo referencia explícita al artículo 3.3 de la Decisión Marco, aun cuando el artículo 132-23-1 del Código Penal francés, establece un principio general de equivalencia entre las condenas francesa y las impuestas por otros Estados miembros (lo que explica las soluciones dadas a varios casos que el recurrente cita extrayéndolos de la jurisprudencia francesa).

El recurso de casación indicaba: a) que como la sentencia francesa se dicta cuando la Decisión Marco no ha sido traspuesta, no resultaba viable pretender que su artículo 3.3, privaría a la jurisdicción francesa de cualquier facultad para ordenar la “confusión”, de condenas extranjeras con una condena pronunciada en Francia, cuando el artículo 132-23-1 proclama sin limitación el principio de equivalencia entre las mismas; b) que en todo caso sería errónea la interpretación realizada de artículo 3.3 por la Cámara de Instrucción; y c) que cuando menos, si la Sala constata una dificultad en interpretar el artículo 132-23-1 del Código Penal a la luz de la Decisión, le incumbe plantear cuestión prejudicial, en especial sobre si el artículo 3.3 excluye toda posibilidad para una persona condenada en varios Estados miembros, de acceder a la “confusión” de las penas.

Con sucinta motivación, la sentencia casacional francesa explica que lo acordado es la aplicación exacta del artículo 132-23-1 del Código Penal, interpretado a la luz de la Decisión Marco. Desestima así el recurso, sin acceder a la petición de formulación de la cuestión prejudicial. No le suscitó duda alguna la resolución del supuesto; similar al que ahora se nos presenta, aunque en relación a condenas de otros Estados miembros aún no cumplidas (aquí ya fue cumplida). La base de su resolución, es el artículo 3.3 Decisión Marco, cuya redacción podría antojarse menos clara que la recogida en el 3.5 que aquí se invoca.

SÉPTIMO

Tampoco hay cuestión en lo que atañe a la retroactividad de la norma desfavorable (tercero íntegramente): deviene cuestión hipotética, puesto

que la LO 7/2014, no será aplicada, según se ha apuntado antes y se razonará con más detalle en posteriores fundamentos de derecho.

OCTAVO

“En resumen –concluirá la Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015– el planteamiento de la cuestión prejudicial, al margen de la corrección o no de los términos y presupuestos que incorpora, no resulta necesaria. La mera lectura del artículo 3.5 de la Decisión, clarifica su alcance, así como la inexigibilidad del principio de asimilación de las condenas de otro Estado miembro con las propias, cuando haya de ponderarse en un nuevo proceso, en relación con la acumulación jurídica de las penas. Pretender que suscita dudas tal subsunción, responde más a un voluntarismo previo, que a su sosegada lectura, cuando meramente se indica que tal artículo 3.5 no se refiere a la acumulación jurídica de penas o fijación del tiempo máximo de condena, pero no se indica alcance alguno del precepto, o cual fuere la razón de la duda, que sólo se enuncia de forma abstracta.

Entender pese al contenido literal del artículo 3.5, en relación a la resolución del caso de autos, avalado por una interpretación histórica de su formación normativa, su interpretación sistemática con los considerandos (8) y (9), su aplicación por los Tribunales de casación, su implementación (o la falta de la misma, avalada por la Comisión) y el propio informe sobre su implementación realizado por la propia Comisión; aún deberíamos dudar, además de no ser el criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en desarrollo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, determinaría la propia inviabilidad de la propia función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues las cuestiones prejudiciales que tendría que resolver de similar inexistencia dubitativa, supondría multiplicar su carga actual de forma absolutamente inasumible.

El planteamiento de una cuestión prejudicial exige que el Tribunal Nacional se encuentre ante una cuestión, es decir, algo controvertido que afecta directamente a la normativa europea. No siempre que hay implicada una norma europea nos dirigimos al Tribunal de Luxemburgo. Un repaso de algunos temas penales en que está concernido el derecho de la Unión lo demuestra. Sólo cuando aparece una cuestión dudosa y controvertida será procedente.

Ejemplifiquemos sobre esta última aseveración tomando ahora como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo 764/2015 .

La doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad de las sustancias estupefacientes que no alcanzan la mínima dosis psicoactiva no ha sido confrontada a través del Tribunal de Luxemburgo con el contenido del artículo 1 de la Decisión Marco 2004/757, de 25 de octubre de 2004 que establece la definición de lo que ha de entenderse por “drogas” a los efectos de esa norma (vid sentencia de 22 de octubre de 1996, caso Cantoni , que presenta analogía con este tema: interpretación de lo que ha de reputarse “medicamento” como elemento de un tipo penal). Tampoco parece que sea exigible contrastar nuestras precisiones sobre el consumo compartido de drogas y los casos y condiciones en que ha de considerarse atípico con las descripciones del artículo 2 de la citada DM. Son temas que por más que puedan gozar de cierta elasticidad interpretativa no suscitan cuestión: hemos aceptado con naturalidad –y es posición correcta– que la normativa europea admite esas variantes interpretativas en un Estado miembro.

Por su parte, el artículo 10 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos obliga a los Estados a garantizar la audiencia de las víctimas. Una interpretación amplia de esa norma nos llevaría a preguntarnos –y por ende a preguntar al Tribunal de Luxemburgo– si eso habría obligado en una legislación como la nuestra y en una interpretación conforme a entender nuestra normativa procesal en el sentido de que en un incidente en la fase de ejecución como es éste que afecta derechamente al contenido punitivo, ha de conferirse un trámite de audiencia a las víctimas (hipotéticamente: la directiva ya ha sido traspuesta mediante una ley que entra en vigor el 28 de octubre último). Por más que la pregunta pudiera ser pertinente y alguna exégesis exagerada fundaría llevar a esos extremos la obligación de un Estado miembro que admite como partes a las víctimas en todo proceso penal, está claro que esa norma supranacional no pretendió condicionar esos aspectos de la legislación nacional (Sentencia del Tribunal Supremo 780/2014, de 18 de noviembre). Lo mismo que no era lógico que la Audiencia Nacional hubiese elevado al Tribunal de Luxemburgo esa cuestión (posible intervención de las víctimas) pese a su evidente relación con esa Directiva, en la medida en que su lectura contextual evidencia que no contiene tal exigencia; tampoco en relación a la DM tantas veces aludida se suscita tema controvertido, a la

vista de su interpretación literal, de su proceso de gestación, de la implementación realizada en otros estados miembros y en España y del informe de la Comisión aludido.

NOVENO

Desestimada la pretensión de elevar una cuestión prejudicial procede el estudio de los motivos del recurso. Otra vez no sólo el armazón, sino también la literatura se ajustará a los precedentes ya invocados con técnica de pura y simple clonación. No en vano también el auto ahora fiscalizado en casación y, en gran medida, el recurso, son reproducción más o menos fiel de muchos de los resueltos en esos antecedentes jurisprudenciales.

El cuarto motivo denuncia infracción del constitucionalizado derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, artículo 24 de la Constitución Española, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Debe ser analizado con prioridad a los restantes. El condenado instó la acumulación a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sin embargo ha resuelto el Pleno. El motivo no disimula que está inspirado en uno de los apartados del voto particular de la resolución impugnada.

El fundamento jurídico primero del auto combatido desmonta la queja. La decisión de avocación al Pleno contaba con claro apoyo legal: el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello se ajusta al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Legislación que determina el juez competente es también el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es más, si excluyésemos la previsión del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para individualizar el juez competente ya no sería un juez predeterminado por toda la ley, sino solo por una legalidad fragmentada, parcial, mutilada.

Establece el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia”.

Tanto el Presidente del Tribunal de instancia como la mayoría de sus integrantes consideraron procedente la asunción de una serie de asuntos similares entre los que se encuentra el presente. La naturaleza de la materia y su importancia (el Tribunal Supremo había dictado la Sentencia del

Tribunal Supremo 874/2014) justificaban sobradamente un debate en el que se implicase la totalidad de los componentes de la Sala para ahuyentar el riesgo de soluciones dispares en función de la Sección. Las respuestas diferentes de un mismo Tribunal en un tema puramente jurídico y con tanta repercusión (fijación del máximo de prisión e interpretación de una norma supranacional) no parecen ser lo más armónico con una recta Administración de Justicia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de 10 de mayo de 2010, recurso 465/2008). Cuartea la percepción de seguridad jurídica por el justiciable. Respuestas heterogéneas emanadas de un mismo órgano judicial para un problema idéntico es situación que puede atajarse correcta y legalmente activando la previsión legal del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esas ideas inspiran igualmente el dictamen del Fiscal.

El auto recurrido hace constar que al inicio del Pleno, se ratificó la avocación por el Presidente y por la mayoría de los magistrados (13 de 20).

Según el recurrente, que enlaza así con uno de los argumentos desarrollados en el voto particular (asumido por cinco de los magistrados que lo rubrican), el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no autoriza a arrebatar a una sección legalmente constituida (la tercera) un asunto para resituarlo en otro órgano plenario; no el pleno de esa sección, sino de un órgano distinto (Sala).

Interpreta así el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en términos muy estrictos: sólo se referiría a la totalidad de los magistrados no de todo el órgano, sino de la concreta Sección o Sala (todos sus componentes).

Tal exégesis con resultar, sin duda, sugerente y habilidosa, y atraer consecuencias que, en abstracto, podrían reputarse benéficas, presenta inconvenientes de fuste; de más peso que las supuestas ventajas. Pero, sobre todo, es exégesis que no se corresponde con lo que se ha venido entendiendo desde siempre. Aceptar esa nueva y original lectura significaría romper con una práctica inveterada no sólo en el Tribunal de origen, según se viene aceptar en el mismo voto particular, sino en la generalidad de nuestros órganos jurisdiccionales, y abriría una grieta en uno de los claros objetivos que puede legítimamente buscarse con esa herramienta orgánica y que la justifican: dotar de un mínimo de unidad y homogeneidad a cada órgano jurisdiccional paliando así los efectos de una ni fácilmente inteligible,

ni asumible socialmente dispersión de criterios en un mismo órgano en asuntos sustancialmente iguales. Esa eventual heterogeneidad de criterios según el Tribunal o sección es un tributo que hay que pagar gustosamente para preservar la independencia judicial. Pero puede ser atenuada sin merma de esa independencia con diversos instrumentos. Uno de ellos (no el único) es esa previsión del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que interpretada en la forma tan restrictiva que ahora se pretende, perdería esa virtualidad.

Otro instrumento, con una eficacia más limitada, es el establecido en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que encontramos otro argumento sistemático para repeler la un tanto alambicada exégesis del recurrente y del referido voto particular. La terminología utilizada en ese precepto vendría a abonar la interpretación que se considera ahora correcta del artículo 197: todos los magistrados que componen la Sala, (en este caso la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y no todos los magistrados que componen la Sección. Las competencias vienen atribuidas por ley a la Sala y no a la Sección. Esa última concreción se efectúa ya a través de normas de reparto. Éstas también podrían incidir en el ámbito del derecho al juez ordinario determinado por la Ley, aunque con un significado muy inferior (vid. Sentencia del Tribunal Supremo 39/2002, de 29 de enero), pero no es baladí que la ley al distribuir competencias esté pensando en órganos. La competencia para resolver los asuntos penales atribuidos a la Audiencia Nacional es de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que normalmente actúa en secciones pero que puede constituirse en Pleno en los casos previstos por la Ley (algunas veces, de manera obligatoria –extradición– y otras cuando se activa el mecanismo previsto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que es tan legal como la atribución directa ex lege al Pleno: por ambas vías se concreta el Juez predeterminado por la Ley).

Esa práctica habitual cuenta con claro respaldo normativo en otros órganos que asumen funciones jurisdiccionales lo que viene a confirmar la lectura del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hace la resolución mayoritaria y de la que discrepan cinco de los componentes de la Sala.

Evoquemos algunos significativos ejemplos.

La Sala Tercera de lo contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) está integrada por

siete secciones, lo que no obsta a que determinados asuntos puedan ser avocados (se usa esa terminología aunque efectivamente, como se sugiere en el voto particular, requiere matizaciones pues no se aviene del todo bien con la función jurisdiccional sus reminiscencias administrativas) al Pleno que se forma con todos los magistrados de todas las secciones y no exclusivamente con los que estuviesen integrados en la sección a que correspondía el asunto concreto (Acuerdo de 12 de noviembre de 2015 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 2 de noviembre de 2015, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2016 -BOE de 30 de noviembre de 2015-. En este concreto extremo las normas reproducen previsiones de años anteriores).

Disposiciones paralelas se establecen para la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional: el “Pleno” aludido en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el de todos los integrantes del órgano y no los de cada Sección (Acuerdo de 21 de octubre de 2014 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial por el que se publican las normas sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones de la Audiencia Nacional: apartado 2 de la Regla Primera del orden Contencioso-Administrativo, BOE de 6 de noviembre de 2014).

En otro marco normativo (jurisdicción constitucional) la regulación es paralela. El Tribunal Constitucional consta de dos Salas (artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) que a su vez se distribuyen en Secciones (artículo 8). Pues bien, las Salas pueden asumir el conocimiento de asuntos atribuidos a las Secciones (artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) en atención a su importancia. Y el Pleno, además de los asuntos que tiene específicamente encomendados por ley (artículo 10), puede recabar para sí cualquier otro asunto a propuesta del Presidente o de tres Magistrados (artículo 10.1.n), lo que por otra parte se hace insoslayable cuando se pretende variar un criterio ya establecido (artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). De uso nada infrecuente son estos mecanismos (vid Auto del Tribunal Constitucional 151/2014, de 27 de mayo que analiza unas previas providencias de avocación –así se denomina explícitamente ese mecanismo orgánico– al Pleno del Tribunal Constitucional de asuntos radicados en alguna de sus Salas; Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2012, de 29 de marzo que analiza un asunto

dimanante precisamente de la Audiencia Nacional: el Pleno del Tribunal Constitucional avocó para sí su conocimiento: vid. antecedente 9º de la resolución donde otra vez se utiliza justamente esa palabra de origen ius-administrativista; o Sentencias del Tribunal Constitucional 44/2012, de 29 de marzo, o 155/2009, de 25 de junio, entre muchísimas otras).

No se detecta anomalía alguna en la atribución al Pleno del asunto, en la que no se puede intuir otra finalidad que la mejor Administración de Justicia. La asunción por el Pleno de asuntos con relevancia interpretativa en los que es deseable huir de respuestas dispares emanadas de un mismo órgano judicial fue decisión compartida por Presidente y mayoría de integrantes del órgano que contribuye a esa finalidad. También en esta Sala Segunda se acude con la base de ese precepto legal a la decisión jurisdiccional en Pleno en aras de uniformar la respuesta aunque hipotéticamente (y en ocasiones empíricamente) esa avocación y deliberación por todos los Magistrados puede determinar un resultado decisorio diferente. Precisamente se buscó esa fórmula en la primera de las causas en que hubo de pronunciarse sobre los asuntos aquí implicados (Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014).

Juez ordinario predeterminado por la ley era en este caso el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional constituido con arreglo a las disposiciones legales entre las que se cuenta el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A la vista de lo decidido por su Presidente y, a la vez, solicitado por la mayoría de los Magistrados, la Sección Primera habría dejado de ser el juez establecido por la Ley, pues ésta (artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) determinaba otra composición en la Sala encargada de decidir.

El motivo es rechazable.

DÉCIMO

Los restantes motivos (primero a tercero y quinto) merecen un tratamiento conjunto. Se formulan al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del principio de legalidad, (artículos 25 y 9.3 de la Constitución Española y artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos); derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española); y derecho a la igualdad, (artículo 14 de la Constitución Española, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos);

por aplicación retroactiva de una norma desfavorable para el reo; por interpretación errónea del artículo 76 del Código Penal (y antiguo artículo 70 del Código Penal 1973 que pese a su expresa invocación en absoluto es aplicable aquí dadas las fechas que manejamos) y por prolongación indebida de la estancia en prisión (artículo 17 de la Constitución Española). Encierran todos la misma pretensión. En rigor se trata de una única pretensión apoyada en argumentaciones diversas que se despliegan a través de motivos diversificados que contemplan la misma cuestión desde diferentes perspectivas.

El penado interesó el 17 de julio de 2014 la acumulación de la condena sufrida y cumplida en Francia (seis años de prisión) a la ejecutoria dimanante del rollo de Sala 110/1994 proveniente del sumario 25/1994 del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

Se queja de que se ha aplicado retroactivamente la LO 7/2014, de 12 de noviembre, ya que no estaba en vigor en el momento de formularse la solicitud de acumulación. Eso truncaría su expectativa formada sobre previos pronunciamientos jurisprudenciales (particularmente la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014) y supondría, además, desigualdad en la aplicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, interpretación errónea de los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal e indebida prolongación de su estancia en prisión.

En definitiva, el fundamento de la queja se sitúa en: a) la normativa y jurisprudencia existentes al tiempo de la solicitud favorable a la acumulación según entiende; b) expectativa razonable generada desde esa situación normativa; c) aplicación retroactiva de la LO 7/2014 que entró en vigor después de la solicitud; siendo perjudicial respecto de la normativa y jurisprudencia anterior; d) desigualdad respecto de otros ciudadanos nacionales de otros Estados miembros (argumentos).

En último término pretende que se incluya el cómputo del tiempo pasado en prisión en Francia para formar el límite de cumplimiento (pretensión).

Argumentos diversos (A) sostienen una única pretensión. (B) Los cuatro motivos persiguen, con miscelánea de perspectivas, un mismo objetivo: que se declare contraria a derecho la exclusión de las condenas dictadas por la jurisdicción foránea. Se mezclan argumentaciones constitucionales

con otras de legalidad ordinaria: el derecho a la libertad (artículo 14 de la Constitución Española), el principio de legalidad y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (artículos 25 y 9.3 de la Constitución Española); y el derecho a la igualdad (artículo 17 de la Constitución Española) se erigen en referentes normativos de nivel constitucional.

UNDÉCIMO

Los argumentos contruidos en torno a los derechos a la igualdad y libertad son en definitiva vicarios de los demás. No hay afectación del artículo 17 de la Constitución Española, si se concluye que la privación de libertad se ajusta a parámetros legales. No tiene autonomía propia este sustento constitucional. No basta con mostrar que una interpretación de la norma arrastra un alargamiento de la privación de libertad. Si esa ampliación se deriva de la legalidad no se lesiona el derecho proclamado en el artículo 17 de la Constitución Española.

Tampoco puede invocarse la igualdad al margen del marco legal. La solución dada a otros supuestos no genera un derecho a ser tratado de manera idéntica al margen de la interpretación correcta de la ley. Menos en un supuesto como éste en que el examen de la jurisprudencia muestra que los casos en que se ha procedido en forma distinta son los excepcionales. Asimilar éste a aquéllos supondría discriminar a los restantes mucho más abundantes y ya referenciados.

Los condicionantes que derivan del principio de igualdad respecto de las variaciones jurisprudenciales también son respetados. No está prohibida la evolución de la jurisprudencia. Tan solo se exige que el cambio de criterio (esto se explicará extensamente infra pues constituye tema esencial en el núcleo de lo debatido) se justifique y no sea una veleidad fruto de una caprichosa y versátil voluntad.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 562/2015 de 27 de septiembre, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2008, de 2 de diciembre, se vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales. Lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley “es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado,

razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución “ad personam” (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2004; en sentido similar, entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 25/1999; 122/2001; 150/2004; 76/2005; 58/2006; 67/2008).

“La proyección de los requisitos precedentes sobre el caso que se juzga –transcribimos desde la Sentencia del Tribunal Supremo 562/2015– revela de forma diáfana que no se han cumplimentado. En primer lugar, porque no se está ante la cita de resoluciones de un mismo Tribunal, sino de Secciones diferentes de la Audiencia Nacional. Con lo cual, no se acredita ya el primer requisito imprescindible para la posible infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Y como además tampoco se han citado otros precedentes jurisprudenciales de la misma Sección en los que se haya sostenido una doctrina y unas pautas de interpretación contrarias a las seguidas en el auto recurrido, es claro que no puede hablarse de un supuesto de desigualdad en la aplicación de la ley penal”.

En este supuesto es el Pleno el que ha resuelto la cuestión. Su composición es obviamente diversa. Habría vulneración del principio de igualdad si se hubiese apartado de las otras resoluciones dictadas por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en asuntos iguales.

En relación a ciudadanos de otros estados miembros en los que rigen Códigos Penales distintos que administran penas de naturaleza y duración no iguales a las de nuestro del Código Penal y que cuentan con sistemas de acumulación muy diferentes no puede hablarse de situaciones iguales. En efecto hay ordenamientos (Portugal) que permiten la acumulación de sentencias no nacionales; y otros (Alemania, Holanda) que no. El sometimiento a una u otra jurisdicción soberana y por tanto a uno u otro ordenamiento penal genera desigualdades, constitucionalmente admisibles. Sería absurdo reclamar la aplicación a cada delito del más generoso de los Códigos Penales en ese aspecto concreto del ámbito europeo en virtud del principio de igualdad.

Si se concluye que la innegable prolongación de la privación de libertad que se deriva del no cómputo del tiempo de prisión sufrido en Francia se acomoda a lo establecido por la ley y que, por tanto, es legítima se estará respetando el artículo 17 de la Constitución Española que se refiere a las

privaciones de libertad fuera de los casos previstos por las leyes. Y no habrá infracción del artículo 14 de la Constitución Española que no admite igualaciones fuera de la legalidad. Si, por el contrario, la interpretación del artículo 76 o su precedente artículo 70 del Código Penal es errónea, estaremos ante una privación de libertad indebida por derivación. Lo vulnerado directamente no sería el artículo 17 de la Constitución Española, sino los artículos 70/76 del Código Penal .

Del mismo modo si se otorga justificadamente prevalencia a una línea jurisprudencial que ha acabado por imponerse –con todos los matices que se quiera y que se analizarán–, no podrá denunciarse violación del principio de igualdad; que podría existir, en cambio, si diésemos a este supuesto una respuesta diferente a la que venimos dando a supuestos idénticos (vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 2015, asunto Ferrerira Santos Sparrow c. Portugal). No hay discriminación constitucionalmente vedada resultante de la comparación con otros supuestos a los que se dio una solución que ha resultado jurídicamente improcedente, y por tanto, descalificada motivadamente.

El asunto ahora examinado coincide sustancialmente con el que fue objeto de análisis y resolución mediante la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, dictada por el Pleno de esta Sala que asume un criterio contrario al postulado por el recurrente. Habrá que analizar, si ese criterio es conforme con la legalidad. Constatado eso, pierden toda autonomía las denuncias de violaciones de los derechos a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española) o a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española).

Tampoco padece el artículo 25.2 de la Constitución Española. Y si padeciese como consecuencia de la aplicación estricta de esa legalidad lo que procedería es una cuestión de inconstitucionalidad. El artículo 25.2 de la Constitución Española no impone un tope de duración aritmética de las penas privativas de libertad, aunque sí unas orientaciones en el tratamiento penitenciario.

DUODÉCIMO

El criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015 ha sido reiterado en sentencias que ya han sido citadas. Se impone una remisión global al cuerpo de doctrina que se extrae de ese grupo de resoluciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo 814/2014 recogía las que hasta esa fecha se habían dictado por esta Sala Segunda sobre acumulación de condenas dictadas en el extranjero. Algunas la habían admitido (Sentencias del Tribunal Supremo 1129/2000, 926/2005, de 30 de junio o 368/2013 de 17 de abril); otras la habían rechazado tajantemente (Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002 de 18 de diciembre); la última entre las que le precedían, ya en conexión con la Decisión Marco 2008/675/JAI, la aceptaba (Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de Marzo).

Las resoluciones que admitían la acumulación de sentencias foráneas y nacionales comparten, un denominador común: se trataba de la acumulación de condenas impuestas en España con condenas todavía no cumplidas e impuestas en el extranjero, cuando un Convenio internacional determinaba su ejecución en España y con sometimiento a la normativa española (Sentencias del Tribunal Supremo 1129/2000, 926/2005 y 368/2013). El artículo 76.2 del Código Penal (o el anterior 70.2ª del Código Penal/1973) y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no consentían sin el complemento de un Convenio desplegar sus efectos sobre estas ejecutorias foráneas. La única excepción es la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 que por eso presentaba peculiaridades frente a las anteriores. En efecto, cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya habían sido cumplidas en el respectivo país, la acumulación se venía denegando. Es el caso que analizó la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002. No existe Acuerdo o Convenio Internacional que posibilite la aplicación de las normas españolas sobre imposición de penas derivadas de plurales infracciones, cuando una es española y otra extranjera (en ese caso, francesa), si la ejecución de ambas no está sometida a nuestra jurisdicción.

Ni siquiera, –explica la citada Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015– el artículo 56 del Convenio Europeo de Validez Internacional de Sentencias Penales, del Consejo de Europa (no firmado, por cierto, por Francia) hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970 habilitaba para esas consecuencias.

DECIMOTERCERO

La Decisión Marco 3008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DOUE L 220, de 15.8.2008), se aprobó para encumbrar un principio de

equivalencia entre las condenas de los Estados miembros, cuando éstas pueden tener algún efecto en un nuevo proceso penal:

“Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional” (artículo 3.1).

Dicho principio se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución (artículo 3.2).

La Decisión Marco debía incorporarse a los ordenamientos internos antes del 15 de agosto de 2010. Pendiente su implementación, recayó en la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo que tomando como referencia la Decisión Marco y usando como criterio exegético el principio de interpretación conforme rompió con el precedente constituido por la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 de diciembre única de las antes citadas que resolvía un supuesto absolutamente idéntico en términos jurídicos.

El principio de interpretación conforme (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005, asunto Pupino) no puede estirarse hasta avalar una interpretación contra legem del Derecho nacional.

La Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014), que entró en vigor el 3 de diciembre de 2015 (Disposición Final Cuarta) incorporó al derecho español la referida Decisión Marco 2008/675/JAI (Disposición Final Tercera). En su texto definitivo determi-

nadas excepciones contempladas como facultativas, en el artículo 5.3 de la Decisión, ya examinadas en fundamentos anteriores, son asumidas por el Derecho interno (artículo 14.2). Específicamente se alude a los autos previstos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fijan los límites de cumplimiento de las penas en las que se incluya alguna condena impuesta en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales de otro Estado miembro; y de manera genérica, a las condenas dictadas por otro Estado miembro de la Unión europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010 (Disposición Adicional Única).

La reseñada sentencia del Pleno de esta Sala 874/2014, de 27 de enero de 2015 proclama que la interpretación conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI (Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014) quedaba de esa forma desautorizada legalmente pues devenía interpretación contra legem.

No se aplicó la LO 7/2014 para rechazar la pretensión, sino que se constataba su existencia como elemento que ayuda a interpretar la normativa española anterior y en concreto los artículos 76.2 del Código Penal (antes 70.2 del Código Penal/1973) y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Exponía la Sentencia del Tribunal Supremo 764/2015:

“En el momento de entrada en vigor de la LO 7/2014 contábamos, así pues, con dos precedentes jurisprudenciales contradictorios -ciñéndonos ahora a los rigurosamente equivalentes a los contemplados en la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 y excluyéndose aquéllos otros con elementos diferenciales (por tratarse de penas a ejecutar en España en virtud de normas convencionales)-. El segundo pivotaba en buena medida sobre un pilar exegético (interpretación conforme: es preciso enfatizar la palabra interpretación), que ha desaparecido del conjunto de herramientas de que disponemos para interpretar ese binomio normativo –artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–. No podemos echar mano de ella: es más, ha degenerado en una prohibida interpretación contra ley. La LO 7/2014 no es aplicable (supondría una retroactividad contra reo prohibida por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Pero no pueden soslayarse u oscurecerse las luces que arroja para inter-

pretar los inmodificados artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

DECIMOCUARTO

Se hace conveniente en este momento del hilo discursivo una mirada retrospectiva, (Sentencia del Tribunal Supremo 764/2015), sobre la inteligencia que ha imperado durante muchos años sobre los artículos 70/76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contraria a abrazar en el humanitario y ponderado criterio acumulativo las condenas dictadas y ya ejecutadas en otro país. Es la lectura natural y más inmediata de la norma. Cuando el Código Penal habla de condenas , de penas impuestas , de sentencias; procesos ... (artículos 22.8ª, 73, 80, 89, 458, 468 del Código Penal ...) se refiere, salvo previsión expresa en contra (v.gr. artículo 375 del Código Penal), a sentencias, condenas o procesos nacionales. Es algo más que un sobrentendido. Que sólo exista un precedente jurisprudencial que respaldase esa exégesis del artículo 76 del Código Penal (Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002) no es síntoma de ser cuestión controvertida, sino precisamente de lo contrario: era tema aceptado, no discutido, y pacífico. El criterio generalizado era el de no acumulación de las condenas foráneas ya ejecutadas: Por eso ni se llegaba a plantear la cuestión. Lo evidencia un somero repaso de los repertorios de jurisprudencia así como una comprobación de los supuestos de hecho contemplados en el listado de sentencias de esta Sala Segunda que en los últimos meses han abordado esta cuestión.

La Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 no suponía un cambio radical de doctrina legal (pues se apartaba de un único precedente); pero sí representaba un giro de 180° en relación a la interpretación consolidada, pacífica, aceptada y generalizada durante muchos años. No de otra forma se explica el desértico panorama de precedentes, la aplicación uniforme y sin excepciones de ese criterio en la Audiencia Nacional y la casi nula litigiosidad sobre ese punto. No era controvertido.

La Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 para romper con ese estado de cosas tomó como soporte principal el principio de interpretación conforme con la guía de la tan citada Decisión Marco.

Esa Decisión Marco, sin excluir excepciones, alentaba la máxima expansión del principio de equivalencia. Una interpretación de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este

punto tal y como la que imperaba hasta ese momento en nuestro sistema también era conforme con la Decisión Marco en cuanto que ésta reconoce explícitamente esa solución como compatible con sus reglas.

La LO 7/2014 viene a confirmar que esa (la que gozaba de generalizada aceptación práctica) es la única interpretación de los artículos 76 del Código Penal y 988 que, siendo armonizable con la Decisión Marco, respeta a su vez la voluntad del legislador nacional. Pero lo que se está aplicando e interpretando ahora son los artículos 76/70 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no modificados, no la LO 7/2014.

Si entendiésemos que los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –haciendo abstracción ahora de la LO 7/2014– son compatibles con la acumulación de condenas ejecutadas en otros estados, la conclusión absurda sería que a partir de esa ley Orgánica eso seguiría siendo así con una salvedad: las condenas ejecutadas en Estados miembros de la Unión. El absurdo cuadro sería el siguiente:

a) Los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal facultan para acumular condenas dictadas en otros países hayan sido o no ejecutadas y con independencia de que exista o no convenio. Esa sería la interpretación acertada de esas normas, aunque haya pasado inadvertida a los Tribunales (singularmente a la Audiencia Nacional) hasta que llegó la Decisión Marco.

b) Una vez traspuesta al derecho interno la Decisión Marco que propugna avances en la equivalencia de efectos de las sentencias dictadas por los países de la Unión, eso seguiría siendo así (posibilidad de acumulación) para las condenas de cualquier Estado de cualquier continente, cualquiera que fuese su sistema penal. Pero paradójicamente habría surgido una única excepción: las condenas dictadas en otro Estado miembro de la Unión.

No puede ser esa la exégesis correcta de esos dos preceptos que, no se olvide, en lo que concierne a este tema no han sufrido variación alguna. La interpretación asumida por la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002 era la compartida y comúnmente aceptada en la práctica de nuestros Tribunales. Viene a ser refrendada por la LO 7/2014 que no puede ser leída como una limitación en ese ámbito justo solamente de las sentencias de Estados miembros de la Unión.

Esa praxis asumida sin controversias ni debate es lo que explica la cronología del recurso resuelto en enero de 2015 por la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014. La acumulación se había efectuado muchos años antes, pero el afectado no protestó hasta transcurridos años durante los que no instó rectificar ese planteamiento que alargaba su estancia en prisión.

Es también esa interpretación generalizada (que, pese a que no constituya jurisprudencia o doctrina legal, no puede ser orillada como enseña la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Río Prada) la que explica, la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este concreto punto –acumulación de una pena ya cumplida en el extranjero–. No es que el supuesto sea infrecuente; es que era admitido pacíficamente ese criterio. Es notorio que en el Tribunal a quo la situación que ahora se analiza no es inusual; sino relativamente repetida. Dista por eso mucho de ser evidente que el artículo 76 del Código Penal deba ser interpretado en la forma postulada por el recurrente: durante decenas de años la comunidad jurídica nacional –incluidas las direcciones letradas de muchos condenados en igual situación que el impugnante– asumió la otra exégesis sin protestas, ni quejas (a salvo la que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002). Puede hablarse de interpretación pacífica y uniforme cuando hasta esa sentencia de 2014 la cuestión no era planteada ni siquiera por quienes llevaban muchos años en prisión padeciendo las consecuencias de esa lectura menos laxa.

Este excurso quiere subrayar que no se trata de aplicar esta nueva Ley Orgánica, sino exclusivamente de la interpretación de los artículos 76.2/70 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lo que también se tiene en cuenta esa ley. La circunstancia de que el resultado sea el mismo que si la LO 7/2014 se aplicara directamente no debe oscurecer el entendimiento del método y operación realizadas, que deriva exclusivamente de la inviabilidad de una interpretación que sería contra legem. No solo contraria a la ley vigente, sino también contra el recto entendimiento de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DECIMOQUINTO

Una Decisión Marco no constituye una norma jurídica que obligue a los Tribunales de justicia, sino al Estado miembro de la Comunidad para que adopte las medidas legislativas pertinentes con el fin de aproximar o armonizar las normas internas sobre una concreta cuestión. En modo algu-

no puede reputarse la Decisión Marco legislación vigente; ni el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 jurisprudencia concluyente, definitiva o inmutable.

Cuando Francia traspuso la misma Decisión Marco (Ley 2012-409 de 27.3.2012 relativa a la ejecución de las penas Diario Oficial de la República Francesa de 28.3.2012) no menciona en su articulado, ni en los preceptos del Código Penal o del Código Procesal Penal modificados, nada relativo a la acumulación de las penas impuestas por Tribunales de los Estados miembros de la UE.

Lo mismo ocurre con Luxemburgo, que implementó la Decisión Marco mediante la Ley de 24.2.2012 relativa a la reincidencia internacional (Diario Oficial del Gran Ducado de Luxemburgo de 5.3.2012).

La Decisión Marco contempla unas excepciones que han quedado explicadas y que cada Estado puede prever en su Derecho: se quiere evitar que la Decisión influya o interfiera en las condenas anteriores (o en la ejecución) de los otros Estados Miembros (artículo 3.3); o en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado Miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (artículo 3.4). A la vez que excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, a efectos de acumulación de condenas.

La Sentencia del Tribunal Supremo 235/2015, de 23 de abril, para mostrar la necesidad de las excepciones que prevé la propia Decisión Marco e incorpora al ordenamiento interno la LO 7/2014 se sirve de un ejemplo: «trata de evitar que un sujeto en un país de la Unión haya extinguido unas penas por delitos cometidos y juzgados con posterioridad a los cometidos previamente en España, que alcancen, por ejemplo, un total de 25 ó 30 años, de tal suerte que cuando se fueran a juzgar en España un conjunto de asesinatos terroristas cometidos antes de haber sentenciado aquéllos esta Sala no podría imponer pena alguna, ya que las ya cumplidas cubrirían hasta el límite de cumplimiento las posibles condenas terroristas».

DECIMOSEXTO

Argumentos adicionales refuerzan lo expuesto:

La Decisión marco parece referirse a la proyección de las sentencias de otros países de la Unión a un nuevo proceso penal incoado en España,

no a un proceso ya finalizado por sentencia firme en el que incluso la pena carcelaria se está ejecutando o se ha ejecutado ya.

El artículo 3.3 Decisión Marco establece según se ha dicho ya que “la consideración de condenas anteriores impuestas en otros Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el ap. 1º (principio de equivalencia), no tendrá por efecto que haya una interferencia en el Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso en condenas anteriores o en cualquier resolución relativa a su ejecución, ni una revocación o revisión de las mismas por dicho Estado miembro”.

Tal entendimiento se refuerza si atendemos a otra Decisión Marco complementaria dictada pocos meses después: la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal. Tal decisión se cuida mucho de permitir que un Tribunal pueda efectuar pronunciamientos que afecten a la tarea de ejecución de las penas impuestas por otro Tribunal. De hecho para la ejecución de una pena en un país distinto de aquél en que la pena se impuso se establecen y regulan las comunicaciones que a tal efecto deben llevarse a cabo entre Estados (el que dicta la sentencia y el que la ejecuta).

Cuando la Decisión Marco 2008/675/JAI señala en su considerando segundo que “el Juez de un Estado miembro debe estar en condiciones de tener en cuenta las resoluciones penales definitivas pronunciadas en los demás para apreciar el pasado penal del delincuente, para constatar la reincidencia y para determinar la naturaleza de las penas y modalidades de ejecución que puedan aplicarse”, se está refiriendo lógicamente a las modalidades de ejecución de sus propias penas, no de las impuestas en otros Estados.

La Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de trasposición de la Decisión Marco 2008/909/JAI, aborda el problema de la acumulabilidad, que afecta, entre otras cuestiones, a los requisitos y efectos de la ejecución en España de una resolución de otro Estado miembro. Su artículo 63 establece: “Lo dispuesto en este Título se aplica únicamente a las penas o medidas pendientes, total o parcialmente, de ejecución. Cuando hayan sido totalmente cumplidas, su consideración en un nuevo proceso penal se regirá por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de informa-

ción de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 23/2014 dispone en su apartado primero inciso segundo que: “Los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

DECIMOSÉPTIMO

Resultan esclarecedoras, por fin, algunas consideraciones adicionales sobre los principios de legalidad y de irretroactividad de las leyes desfavorables que inspiran buena parte del discurso impugnativo.

El Tribunal Constitucional es reacio a vincular la regla de la retroactividad de la ley penal más favorable (artículo 2.2 del Código Penal) con el artículo 25 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2008, de 31 de enero, y las que allí se citan). Iguales reticencias mostró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Asunto G. c. Francia, de 27 de septiembre de 1995) aunque en *Scoppola c. Italia* (nº 2), sentencia de 17 de septiembre de 2009, considera necesario revisar la jurisprudencia establecida por la Comisión en el *X c Alemania*: el artículo 7.1 del Convenio garantiza no sólo el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables, sino también, de forma implícita, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

El principio ha sido recogido por el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid. Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2005, asunto Berlusconi y otros, apartados 66 a 69). Estaba consagrado antes en el artículo 15.1, inciso final, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»).

Analicemos si de las variaciones en la interpretación de la normativa interna, artículo 76 del Código Penal (y 70 del Código Penal 1973), cabe inferir una afectación negativa de un cambio jurisprudencial (artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) que podrá entenderse como contrario al principio de irretroactividad de la norma desfavorable.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la noción de “Derecho” incluye el derecho tanto legislativo como jurisprudencial, (asuntos Kokkinakis, §§ 40-41, de 25 de mayo de 1993; Cantoni, § 29, de 15 de noviembre de 1996; Coeme y otros, § 145, de 22 de junio de 2000; y E.K. contra Turquía, n° 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002).

En nada es equiparable el cambio de doctrina o criterio jurisprudencial que analizamos ahora al supuesto contemplado en la sentencia del asunto del Río Prada (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013); ni es sostenible conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cualquier cambio jurisprudencial peyorativo conlleve quebranto de la proscripción de la retroactividad (resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos S.W. c Reino Unido de 22 de noviembre de 1995 , donde concluía que la variación jurisprudencial que consideraba que la violación dentro del matrimonio no estaba justificada, frente al criterio jurisprudencial contrario y anteriormente mantenido, que se produjo meses después de que el recurrente cometiera el ilícito, no atentaba al principio de prohibición de la retroactividad desfavorable) vid. también el asunto C.R. c. Reino Unido, de la misma fecha y sobre la misma cuestión, (§ 41). (Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015).

De manera reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado, (§ 92 del asunto del Río Prada) que dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (Kokkinakis, antes citado, § 40, y Cantoni, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se

acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (Kafkaris, § 141, de 12 de febrero de 2008).

Continúa el § 93: “la función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990, § 29, serie A nº 176A). El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible (S.W. y C.R. c. Reino Unido, antes citados, respectivamente § 36 y § 34, Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, antes citado, § 50, K.H.W. c. Alemania [GC], nº 37201/97, § 85, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, y Kononov c. Letonia [GC], nº 36376/04, § 185, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010).

La Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015 razona a este respecto: “Ninguna duda cabe que la doctrina jurisprudencial resultante de la sentencia núm 874/2014, de 27 de enero de 2015, estaba absolutamente justificada , pues derivaba de que la interpretación del ordenamiento español praeter legem a la luz de la Directiva Marco 2008/675, que sustentaba la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, ya no era viable, al devenir en el momento de que se dicta aquella resolución como acaece cuando esta se dicta, contra legem; como tampoco cabe duda, acerca de que el cambio jurisprudencial que operaba era razonablemente previsible:

a) En primer lugar, difícilmente puede generar expectativas una jurisprudencia amparada en la interpretación de un instrumento jurídico, como una Decisión Marco que incorporaba en su articulado excepciones facultativas a su observancia, cuya adopción restaba a discrecionalidad del legislador nacional, en la preceptiva incorporación al ordenamiento interno, con plazo de trasposición ampliamente sobrepasado entonces en más de tres años y cuya dilación cuando se cumplieran cinco años de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2014, posibilitaba un recurso por incumplimiento contra el Estado español. Ello sin perjuicio del valor, como criterio hermenéutico, que tal instrumento conlleva y la ade-

cuada interpretación restrictiva de sus excepciones, mientras la obligada interposición legislativa no las acogiese.

b) En segundo lugar, en la cuestión atinente al cambio jurisprudencial, no cabe hablar de una doctrina de esta Sala Segunda y una práctica interpretativa de los diversos operadores jurídicos, que considerasen como fórmula de aplicación general la de la acumulación de las condenas ya cumplidas en el extranjero; supuesto harto diverso de las sentencias dictadas en el extranjero que en virtud de un Convenio internacional se ejecutaban en España de conformidad con la normativa española. Baste recordar que esta Sala se había pronunciado anteriormente sobre esta cuestión en dos ocasiones (Sentencias del Tribunal Supremo 2117/2002 y 186/2014) y la solución ha sido distinta en cada supuesto.

c) En tercer lugar, debemos reseñar que la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo de 2004, es la primera resolución donde se pondera la Decisión Marco 2008/675/JAI, al examinar una ejecutoria de la Audiencia Nacional, donde tras una liquidación de 5 de septiembre de 2013, al instar que se incluyera en la misma, la condena ya cumplida en Francia, se deniega por auto de 13 de octubre de 2013, que es el anulado por esta Sala Segunda. Lo que manifiesta que la interpretación asumida por la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002 era la compartida y comúnmente aceptada en la práctica de nuestros Tribunales; era práctica extendida pacíficamente sin controversias ni debate real, pues es notorio que son múltiples las ejecutorias que se siguen en la Audiencia Nacional de condenados que han cumplido también condenas en Francia en situaciones similares a las que analizamos; siendo aquellas fechas indicadas de especial relevancia, cuando la Decisión Marco, lleva fecha de 24 de julio de 2008, se publica en el DOUE el 15 de agosto de 2008, entra en vigor al día siguiente de su publicación y la fecha límite de incorporación a los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea, estaba fijada en el 15 de agosto de 2010.

Las siguientes resoluciones donde tal situación se presenta y que son sometidas a consideración de esta Sala Segunda, son las derivadas de los recursos 2357 y el que ahora se resuelve, 2358 de 2014; donde la novedad es que la Audiencia Nacional, aplica el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, pero en data muy próxima a la entrada en vigor de la Ley Orgánica que incorpora la Decisión Marco al ordenamiento español, pero cuando la Ley ya se encontraba publicada en el BOE.

d) En cuarto lugar, dada la inexistencia de doctrina jurisprudencial asentada, el recurrido, no podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, que para cumplimiento del tiempo límite de las condenas impuestas en España, le fuera a ser reconocido el tiempo de condena impuesta y ya cumplida en el extranjero. Sin práctica, en los términos indicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (causa) no cabe apreciar expectativa razonable y legítima (consecuencia).

De modo, que aunque ahora adoptemos un criterio distinto –no cabe acumulación jurídica– en relación con el del precedente más reciente de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014), pero en consonancia con el inmediatamente anterior sobre el particular (Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002), no frustra una expectativa del condenado basada en una razonable previsibilidad. Es más, esa previsibilidad razonable sobre lo que decidirán los tribunales (en la noción desarrollada entre otras resoluciones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia Del Río Prada contra España) era manifiestamente imposible que concurriera en el momento de comisión de los hechos, ya que si la condena por ellos se dictó el 4 de julio de 1990, por hechos cometidos en fecha septiembre/octubre de 1987, en tal fecha ni se cita resolución alguna de esta Sala sobre el particular ni existía la propia Decisión Marco; e incluso, cuando se dictó el auto de acumulación de condenas de 7 de marzo de 2006 (acumulación en la que ahora se solicita que se incluya la sentencia impuesta en el extranjero) y por tanto cuando se dictaron las condenas en España, no existía la Decisión Marco y el único precedente jurisprudencial existente (la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002) era de signo contrario a la pretensión que ahora ejerce.

e) En quinto lugar, en cuanto al canon de contraste al que se refiere la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque el recurrido, hubiera consultado a un jurista, en modo alguno resultaba previsible que le indicara con un grado razonable de certeza que la condena ya cumplida en Francia, le iba a servir para adelantar la fecha de cumplimiento de las condenas acumuladas en España. Al momento de ejercer su pretensión, no cabía hablar de una expectativa razonable sobre la decisión, sino de una hipótesis sobre cuál de las alternativas –ambas con sustento jurisprudencial– se podía adoptar. Pero especialmente, el jurista experto, sabría indicarle, que la necesidad de implementar la Decisión Marco, ineludible y sometida su omisión desde el 1 de diciembre de 2014 a la posibilidad

de fiscalización europea por incumplimiento, sería la que determinaría el contenido del alcance de la viabilidad de la acumulación de condenas dictadas en otro Estado miembro; y especialmente del alcance que el Estado español, ante las excepciones que facultativamente posibilitaba la Decisión Marco (más especialmente la prevista en el artículo 3.5) decidía acoger o no. La propia Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 precisa que su solución encontraba justificación en la inexistencia de norma que incorpora la Decisión al ordenamiento interno.

No se trata solo, como indica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *S.W. contra Reino Unido* que la evolución jurisprudencial fuera un paso razonablemente previsible en la Ley, sino que inexcusablemente, como obligación derivada de la pertenencia a la Unión Europea, el legislador español, debía precisar, bajo amenaza de sanción, la concreción de esa posibilidad y que además, la normativa europea, permitía al Estado español, en este apartado concreto, excluir la ponderación de la condena de otro Estado miembro en el concreto particular de la acumulación jurídica de las penas.

Como en *Kafkaris c. Chipre*, en modo alguno la legislación española en su conjunto, incluida la jurisprudencia al respecto, había sido formulada con precisión suficiente para permitir entender la interpretación del recurrido, la procedencia del cómputo de la condena impuesta y cumplida en Francia para adelantar la fecha de cumplimiento de las condenas impuestas en España, como asentada e inequívoca, cuando la doctrina jurisprudencial que contenía sobre esta materia, residía exclusivamente en dos resoluciones que integraban ejemplos contrarios y el que posibilitaba su aplicación derivada del instrumento jurídico europeo, conllevaba la existencia de un ordenamiento ontológicamente incompleto, a expensas de la necesaria implementación de la Decisión Marco, con la previsión de la excepción explicitada”.

En efecto, en relación a esta temática, el supuesto que contemplamos está en las antípodas del analizado en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (del Río Prada 2). En aquél caso un pronunciamiento jurisprudencial cambió una forma habitual y consolidada de hacer. En esta materia, sin embargo, haciendo ahora abstracción de esos dos solitarios, distantes en el tiempo y contradictorios pronunciamientos jurisprudenciales, únicos en que este Tribunal Supremo

habría formado criterio, la praxis judicial era casi uniforme y homogénea en el sentido justamente contrario al propugnado por el recurrente.

Las referencias a las expectativas se ligan a la exigencia de Lex previa, esto es ley (entendida en un sentido amplio como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir comprensiva de la interpretación uniforme e implantada de esa ley) anterior a la comisión del hecho delictivo (vid Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de abril de 2015, asunto Contrade). Esa es exigencia nuclear, aunque no única, del principio de legalidad: que el ciudadano sepa qué conductas están prohibidas penalmente con claridad y pueda prever con certeza cuáles serán las consecuencias. El principio de legalidad –en su vertiente de expectativas– no hace nacer en el ya condenado un derecho a que una interpretación jurisprudencial más favorable que, además, a lo mejor es rectificadora inmediatamente, le sea aplicable. Se ligan esas expectativas a la previsibilidad de la respuesta penal en los momentos anteriores a la comisión de los hechos. Y aquí no puede negarse esa previsibilidad que el Tribunal de Estrasburgo ancla en una previsibilidad en concreto compatible con una evolución jurisprudencial incluso in peius siempre que sea razonable. Si la interpretación judicial posterior era razonablemente previsible para las partes no hay violación del principio de legalidad, ni de irretroactividad de la norma desfavorable (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2005 Dansk Rorindustri A/S y otros).

No existe en los ordenamientos continentales, a diferencia de los de common law una técnica como la del prospective overruling (aunque en alguna jurisprudencia europea –Cortes Supremas Francesa e Italiana– se insinúa la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales in malam partem, pero siempre en relación a la fecha de los hechos).

En un supuesto como el presente, aunque entendamos que apartarse de esa sentencia inmediatamente anterior –186/2014– supusiese un auténtico overruling, tampoco sería necesario acudir a esa fórmula desconocida en nuestro derecho (prospective overruling) a la vista de la doctrina consolidada conocida y pacífica en el momento en que se cometieron los hechos. En aquellos momentos era, más que previsible, segura la interpretación que damos ahora al artículo 76 del Código Penal y su precedente artículo 70 del Código Penal 1973. Lo imprevisible era la secuencia de circunstancias que ahora analizamos (Decisión Marco, Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014).

Entender que la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 constituye *lex mitior intermedia* es exacerbar según se intuye inmediatamente el valor de una aislada sentencia del Tribunal Supremo. Un criterio plasmado en una única sentencia, es siempre susceptible de ser rectificado. Proliferan en la doctrina jurisprudencial los ejemplos de evolución de la jurisprudencia *in malam partem* sin hacerse cuestión de su aplicación a hechos sucedidos en momentos en que regía una jurisprudencia más favorable (por citar, entre muchísimos, algunos: penalidad en los delitos continuados patrimoniales –artículo 74.1–; admisibilidad del concurso real –que no ideal– en el caso de resultados de homicidio derivados de una única acción animada por dolo eventual; relación de concurso real o ideal entre la malversación y el delito de fraude; o entre la estafa y el alzamiento de bienes posterior; etc, etc, etc...).

Si nos retrotraemos al momento de comisión de los distintos hechos (anteriores a 1998) que determinaron las condenas del recurrente hablar de expectativas presentes en aquellos momentos y luego defraudadas sobre la acumulación de las condenas por los hechos enjuiciados en Francia resulta idílico. Sería presumir una clarividente visión de futuro, rayana con el don de profecía.

DECIMOCTAVO

Insistiremos asumiendo ser reiterativos: no estamos ni ante una aplicación retroactiva de la ley ni ante el regateo de la eficacia retroactiva de una ley intermedia más favorable. No es la LO 7/2014 norma que aspirase a innovar esta materia, sino a consolidar la interpretación que estima más correcta y que durante muchos años no fue cuestionada. Es una ley que se proyecta al futuro, pero que aporta un nuevo ingrediente a la labor interpretadora que deben hacer los tribunales de las normas previgentes. La vocación normativa Decisión Marco ha cristalizado a través de esa Ley Orgánica de trasposición. La voluntad del legislador al introducir mediante enmiendas aprobadas en el Senado y luego ratificadas por el Parlamento las excepciones del artículo 14 y la disposición adicional se manifiesta cristalina; unas enmiendas, que, como recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 no recibieron ningún voto en contra en ninguna de las dos Cámaras (solo un escaso número de abstenciones –no sobrepasan la media docena–). Curiosamente esas enmiendas obtuvieron un respaldo parlamentario mayor que la totalidad de la ley según revelan los diarios de las Cámaras legislativas. Pero no es eso relevante; lo relevante es que esta-

mos ante una ley que parte de un presupuesto: ni el artículo 76 del Código Penal ni su precedente, el artículo 70 del Código Penal contemplan las sentencias extranjeras ejecutadas fuera de nuestro país ni las han contemplado nunca. Si fuese otro el punto de partida llegaríamos a la absurda conclusión que antes destacábamos: La ley que traspone la Decisión Marco que pretende establecer una asimilación entre las sentencias de los diferentes estados miembros habría venido a suprimir la equivalencia de las sentencias foráneas a los efectos del artículo 76 solo cuando son sentencias europeas (!). –Si son de otros países el artículo 76 mantendrá su supuesta interpretación previa– y solo en relación a los hechos cometidos justo después de la vigencia de esa Ley. Es decir, la ley innovaría en el sentido de recortar solo para las sentencias de otros estados miembros su capacidad de ser tomadas en consideración. Esa exégesis es irracional. Supone retorcer la voluntad del legislador. La Ley tiene un papel muy relevante, esencial, en un estado democrático de derecho. La interpretación que reclama el impugnante pretende escapar del marco legal concebido como un todo coherente.

Solo desde la premisa de que el artículo 76 del Código Penal no incluye condenas extranjeras puede entenderse esa Ley. Junto a su vertiente propiamente normativa (de futuro) la Ley encierra también una dimensión interpretativa (en el sentido en que la teoría del derecho habla de normas interpretativas que no innovan, pero clarifican, por lo que su aplicación a hechos anteriores no supone retroactividad pues el sentido aclarado por la ley estaba ya presente en la norma interpretada). Sería un fraude utilizar la técnica de la norma interpretativa para variar la legalidad disimulando su retroactividad (tal y como alguna Corte Constitucional latino americana ha entendido en algún caso). No se puede camuflar de esa forma una modificación peyorativa. Pero nada anómalo existe cuando esa eficacia que podríamos llamar interpretativa no modifica sino que refrenda una de las interpretaciones idealmente posibles de la legislación anterior; en este caso la que durante muchos años subsistió sin controversia conocida. Esa norma posterior aporta un referente interpretativo que no puede ser despreciado (es una ley). Se constata que se acomoda a uno de los sentidos lógicos de los preceptos (artículos 70 y 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el que primeramente se capta como más natural. Eso conduce a revisar la interpretación que avaló la Sentencia del Tribunal Supremo 186/ 2014 .

Sería incomprensible concluir que precisamente porque una ley contradice el criterio interpretativo plasmado en una única sentencia previa y contradictorio con otro anterior, el propio Tribunal Supremo quedaría encadenado a ese criterio y no podría replantear la interpretación consagrada en aquella sentencia. Podría apartarse de él si no existiese esa ley; pero no con la ley (!). En un sistema en que no rige el principio del *decisis* (*stare decisis et non quieta movere*) no puede extremarse hasta esos niveles el valor de un precedente jurisprudencial como si nos vinculase a nosotros mismos (artículo 12.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo que se aplica al caso es la Ley, aunque sea la ley interpretada por la jurisprudencia que en un sistema continental como el nuestro es presentado como portavoz de la ley. El *stare decisis* pretende ser un acto de racionalidad: se da por supuesto que si un caso ha sido bien solucionado esa tesis será la más racional para casos iguales. Pero admite líneas evolutivas (clásico *overruling* y *distinguishing*). El cambio interpretativo está autorizado si es razonable.

Hay muchas razones para abandonar el criterio interpretativo de la sentencia de 2014. Una se ha desarrollado aquí: se basaba en una Decisión Marco cuya trasposición efectiva posterior no contradice la Decisión Marco –pues admite en este punto la libertad para los Estados– pero sí repele esa interpretación. El referente interpretativo (que no normativo) de aquella sentencia –la Decisión Marco– ha trasmutado de manera rotunda. La interpretación realizada ha perdido su soporte y contradice la voluntad del legislador; o, mejor, de la ley interna.

Esta variación no es consecuencia de aplicar directamente la ley posterior de 2014 de trasposición sino de volver a leer los artículos 70 y 76, respectivamente, del Código Penal, dos preceptos especialmente vivos en la jurisprudencia, pues han sido objeto de sucesivas interpretaciones con ensanchamientos y estrechamientos. Ayuda a entender el argumento repasar esa evolución en la que tropezamos con situaciones paralelas a la ahora analizada de idas y venidas de la jurisprudencia con incidencia de una reforma legal.

DECIMONOVENO

Para identificar las sentencias a las que aplicar la limitación penológica el artículo 70 del Código Penal 1973 se expresaba en estos términos: aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo. Complemento

procesal de tal norma es el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula en consonancia el trámite: la competencia se atribuye al Juez que haya dictado la última de las sentencias; además para establecer el listado de condenas se ha de acudir al Registro Central de Penados y Rebeldes (el nacional, obviamente: no se pensó en sentencias de otros países, aunque es claro que esto es un dato interpretativo tremendamente accesorio y en absoluto concluyente). El artículo 76.2 del Código Penal 1995 heredó idéntica redacción.

La conexión y la posibilidad de haber sido enjuiciados en un solo proceso eran los referentes normativos.

La fórmula no era diáfana, lo que provocó una sinuosa evolución en su aplicación e interpretación con algunos zigzagueos. Con el mismo texto se han sucedido distintas opciones exegéticas. Se ha transitado de una muy estricta (vinculada al artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a otra más flexible (que pone el acento en el criterio cronológico y que se ha impuesto en la reforma de 2015), pasando por otra tercera, amplísima, que llegaba a prescindir de la referencia temporal. Sobre otros puntos, más secundarios pero igualmente relevantes, se han sucedido igualmente diversas posiciones jurisprudenciales. (v.gr., si hay que atender para el criterio temporal a la fecha de la sentencia o a la de firmeza: pronunciamientos más generosos, fueron sustituidos finalmente por el estricto: hay que estar a la fecha de la sentencia y no a la de su firmeza lo que reduce la acumulabilidad. Igualmente se ha oscilado a la hora de determinar si la extinción de una condena impedía su ulterior acumulación a otras cuya en ejecución se iniciaba con posterioridad: prevalecido finalmente la opción afirmativa. Esos cambios -y otros- se han ido verificando por vía jurisprudencial y permaneciendo inalterado el texto legal con una excepción a la que aludiremos enseguida a la que recientemente ha venido a unirse otra –julio de 2015–. Ha sido un precepto muy vivo en el sentido de que con idéntica semántica ha albergado interpretaciones muy diferentes y con consecuencias legales nada desdeñables (a veces de optar por una u otra de esas interpretaciones dependen muchos años de libertad).

La expresión que pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso por su conexión admite múltiples entendimientos. En abstracto, si prescindimos de sus circunstancias concretas, de sus coordenadas espacio-temporales y materiales, todos los delitos atribuidos a una misma persona hipotéticamente podrían enjuiciarse en un solo proceso. Esa no puede ser sin

embargo la interpretación del artículo 70 –o (antes de la reforma de 2015) artículo 76.2–. Es evidente que se quiere establecer un límite. Esa exégesis vaciaría el precepto de contenido lo que contradice una elemental máxima de interpretación (principio de vigencia: ha de existir al menos un grupo de supuestos a los que sea aplicada el condicionante).

En el extremo opuesto se situaría una interpretación a tenor de la cual si los hechos no se han enjuiciado en un solo proceso es justamente porque no ha podido hacerse así (por razones de competencia territorial; de diferenciación de trámites procesales –sumario, jurado–; por no plantearse en su momento adecuadamente la acumulación, o por mil otros factores coyunturales imaginables...). Por idénticas razones es rechazable esta interpretación que también vaciaría de contenido la norma.

Entre ambos extremos existe toda una gama intermedia de concepciones en las que concretar esa posibilidad de enjuiciamiento conjunto.

Muy estricta era la que rigió durante muchos años (recordemos que la norma proviene de 1967): sólo podía hablarse de esa posibilidad cuando concurría alguno de los supuestos del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al que expresamente se remite el artículo 988 de la misma norma. Si no concurría conexidad procesal no habría acumulación material (por todas y entre muchas otras Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1969, 22 de diciembre de 1969, 27 de febrero de 1975, o 16 de diciembre de 1987).

La jurisprudencia evolucionó

Primeramente se afirmó que la interpretación del artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habría de ser generosa y extensiva a estos efectos (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1982): comenzaron a abandonarse algunas limitaciones a menudo habían sido usadas por la jurisprudencia para negar la posibilidad de enjuiciamiento conjunto (identidad de sujetos activos, relación entre los delitos o concatenación a modo de cadena delictiva, analogía en el sentido de naturaleza parecida o finalidad semejante).

Aunque venía gestándose desde antes, a mediados de los años noventa se produjo un radical giro en esa interpretación: la conexidad de que hablaba el artículo 70 (posterior 76) debía romper toda ligazón con el artículo

17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal : no hacía falta homogeneidad; bastaba que los hechos se hubiesen perpetrado antes de la firmeza (este criterio temporal fue luego corregido) de la primera condena (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994, 23 de mayo de 1994, 21 de marzo de 1995, 3 de noviembre de 1995). Junto al argumento sustantivo penal (el artículo 70 regula una institución penal y no procesal) se barajaban razones basadas en el fin resocializador de las penas (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994, 8 de marzo de 1994, 20 de octubre de 1994), en la unidad de ejecución (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1994 o 14 de octubre de 1996) e incluso en la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1994 o de 27 de diciembre de 1994).

La conexidad se redujo al criterio cronológico. El momento clave para bloquear nuevas acumulaciones inicialmente situado en la fecha de firmeza fue variado in peius desplazándose a la fecha de la sentencia (Pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005). Huelga decir que ese criterio fue indiscriminadamente aplicado a partir de esa unificación con independencia de la fecha en que habían sucedido los hechos contemplados y sin ver ahí aplicación retroactiva de una norma desfavorable de génesis jurisprudencial que se aplicaba retroactivamente frustrando expectativas fundadas .

Más lejos llegaron algunas sentencias que prescindieron incluso del criterio cronológico basándose en una interpretación conforme a la Constitución (artículo 25 de la Constitución Española). Cuando la suma aritmética de las penas excediese de treinta años habría que proceder a la refundición por imperativo constitucional para no rebasar nunca ese límite máximo (veinte años, por aplicación del Código Penal de 1995), aunque por las fechas de las condenas y hechos fuese imposible el enjuiciamiento conjunto. Las Sentencias del Tribunal Supremo 101/1998, de 30 de enero o 335/1998, de 14 de marzo (aparte de algunas anteriores que operaban como precedente: vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1993) constituyen la más clara muestra de esa tendencia jurisprudencial, de vigencia efímera, que se apartaba de la anterior. En la segunda de las sentencias citadas se hacía protesta expresa de la necesidad de esa nueva interpretación abandonando los criterios precedentes.

No cuajó esa línea jurisprudencial. Esta Sala retornó a la exégesis intermedia menos favorable el factor temporal era insoslayable. Esa rectifica-

ción jurisprudencial fue indiscriminadamente aplicada también a los hechos anteriores a ese reducido grupo de sentencias. Así seguimos haciéndolo.

El legislador en 2003 (LO 7/2003) quiso salir expresamente al paso de esa posibilidad interpretativa acogida en esos aislados precedentes al tiempo que daba respaldo a la línea jurisprudencial que atendía solo al factor cronológico. Modificó el artículo 76 estableciendo expresamente que el momento de comisión se convertía en referencia ineludible –junto a la indefinida conexión– a tomar en consideración para decidir sobre la acumulabilidad o no de unas penas.

La aplicación de esa reforma legal a delitos cometidos con anterioridad –como hemos venido haciendo y seguimos haciendo– no era ni es aplicación retroactiva de la ley de 2003, por más que durante un periodo muy concreto hubiese regido en la jurisprudencia un entendimiento más favorable de esa institución. La reforma de 2003 era ley que aclaraba la anterior: venía a confirmar como más ajustada a la legalidad una de las interpretaciones posibles, la que seguía de forma mayoritaria, aunque no unánime, la jurisprudencia. Cuando a delitos cometidos antes del 1 de octubre de 2004 proyectamos ese criterio legal –nueva redacción del artículo 76– no se está aplicando retroactivamente esa reforma sino aplicando el texto del anterior artículo 76 interpretado en una forma que el legislador ha confirmado, desautorizando la exégesis más flexible que había plasmado en algunas sentencias. No puede decirse que esas sentencias generaran una expectativa que no podría ser defraudada sin lesión de sus derechos a todos los penados por hechos cometidos con anterioridad a octubre de 2004. Lo demuestra la realidad penitenciaria de nuestro país donde –y no deja de ser un tema digno de reflexión– son más frecuentes de lo que se piensa liquidaciones de condenas refundidas que superan los veinte años (en la mayoría de las ocasiones no por la comisión de delitos gravísimos, sino por la imposibilidad de acumulación: son muchas condenas no refundibles enlazadas a efectos penitenciarios). No se entendió así por más que desde aquella postura se invocase expresamente el texto constitucional (como en la sentencia de 14 de marzo se invoca la Decisión Marco como criterio interpretativo). Sería incomprensible considerar que si la reforma que llegó en 2003 se hubiese adelantado a mayo de 1998, entonces ya sí que estaríamos ante una aplicación retroactiva esa ley que recuperaba la imprescindibilidad del factor temporal para la acumulación.

En un sistema continental como el nuestro ni la doctrina jurisprudencial (sin entrar ahora en qué debe entenderse por tal: necesidad de reiteración o no) goza de ese valor normativo (aunque alguno sí tiene); ni puede arrebatare a la legislación toda capacidad interpretativa (en el sentido en que habla la doctrina de normas interpretativas). Hay que reconocer a la jurisprudencia un cierto aunque vaporoso valor normativo que no puede ser alzaprimado en detrimento del poder legislativo. Y también hay que reconocer al legislador una cierta facultad interpretativa, faceta en la cual, como enseña la teoría general del derecho, no se estará ante una aplicación retroactiva pues el sentido que aclara el legislador estaba ya presente en la norma interpretada.

No son éstos (reforma del artículo 76 en 2003; LO 7/2014) tampoco aislados ejemplo de ese tipo de normas que o bien son abiertamente interpretativas—su único objetivo declarado es la aclaración de un texto anterior—, o que como efecto aparejado encierran esa eficacia interpretativa de un texto anterior. No podrá hablarse propiamente de retroactividad en cuanto es la norma anterior la aplicada, aunque aclarada por la norma posterior. Así ha sucedido, por citar algunos pocos ejemplos extraídos del campo penal de los muchísimos que pueden encontrarse, con la introducción de la conducta omisiva en los delitos de defraudación tributaria en una de sus primeras reformas (el que, por acción u omisión) para zanjar legalmente las dudas sobre la punibilidad de omisiones; o con la necesidad en esos mismos delitos de entender la regularización como pago efectivo y no mero reconocimiento de la deuda (reforma de 2012); o con la cita de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales de 2010 para avalar la posibilidad de que el delito de defraudación tributaria fuese antecedente de un delito de blanqueo de capitales (Sentencia del Tribunal Supremo 974/2012, de 5 de diciembre)... En todos esos casos la aplicación de esas interpretaciones plasmadas legalmente a hechos ocurridos con anterioridad no es retroactividad. La norma posterior se limita a dejar claro lo que ya decía la norma anterior (por ejemplo la regularización se interpretaba a veces como simple afloramiento de las bases ocultadas). El legislador no puede burlar la disciplina de la irretroactividad de la ley penal tildando expresa o implícitamente de interpretativa a una norma realmente innovadora. Pero sí tiene capacidad de aclarar por vía directa o indirecta una norma anterior, paliando o reduciendo esa textura abierta de que hablaba un muy conocido teórico del Derecho. No puede manipular la norma anterior, pero sí aclarar su interpretación. Al órgano jurisdiccional corresponderá evaluar hasta qué punto la ley nueva puede o

no condicionar la interpretación de la norma anterior. En cuanto innove (que es más que aclarar o interpretar), desde luego, nada si es peyorativa.

Este excursus más ejemplificador que reflexivo ayuda a definir el escenario en que debe afrontarse la resolución de este asunto. Tras él conviene reiterar el planteamiento.

La ley de 2014 puede ser entendida de dos formas:

Modifica tácitamente el artículo 76 del Código Penal: excluye de su ámbito las sentencias procedentes de otros países europeos que no serán acumulables nunca. En los demás supuestos subsistiría lo que se considera por el recurrente exégesis correcta del artículo 76: acumulabilidad de las condenas aún ya ejecutadas de países no pertenecientes a la Unión Europea. Esta norma sólo sería aplicable a partir de la entrada en vigor de la ley en diciembre de 2014 pues sería desde esta óptica claramente perjudicial.

La ley de 2014 no modifica el artículo 76. Parte de que tal precepto sólo contempla las sentencias dictadas por Tribunales Españoles; lo que no es una extravagancia pues, ha sido la interpretación que ha imperado en la práctica hasta que una norma supranacional –la Decisión Marco– invitó por vía interpretativa a explorar otras opciones; y es la que rige en otros ordenamientos: si la ley no dice nada, las instituciones semejantes a nuestro mecanismo de acumulación afectan solo a las sentencias nacionales: (ordenamientos alemán u holandés; en oposición a Portugal donde su Código Penal sí se refiere expresamente a las sentencias foráneas). Con ese presupuesto que quiere perpetuar la Ley 7/2014 establece los casos y condiciones –de los que queda excluida la acumulación– en que las sentencias europeas podrán ser asimiladas a las nacionales. Los informes que precedieron a la ley (Consejo de Estrado, Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial) asumían esa interpretación: entendían que a partir de la Ley el principio de equivalencia supondría la toma en consideración de las sentencias de los estados miembros a los efectos también de la acumulación, dando por sobrentendido que no era así hasta la trasposición.

La primera de las interpretaciones (A) no parece coherente con la voluntad de la Ley por absurda e irracional. No es eso lo que ha querido decir la Ley. Y hacerle decir lo que no ha querido decir, no puede ser misión de un órgano jurisdiccional.

Cabría en abstracto una tercera interpretación (C) acomodada a la voluntad del legislador: la ley, pese a ser desfavorable (opción A), quiere ser

aplicada retroactivamente: solo así se explicaría la mención de la disposición adicional. Pero esta tesis sería inconstitucional. Ni siquiera invocando voluntariosamente la excepción de las leyes temporales y el fenómeno del terrorismo en nuestro país, que muy probablemente es lo que tuvo en mente el legislador, podría sortearse ese vicio. Esa lectura ha de desecharse como impone el principio de interpretación conforme a la Constitución (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Si la ley permite una interpretación que es constitucional (lo que no sucede con la tesis C) y además no es irracional (como sí es la tesis A) es por ella por la que hay que decantarse (tesis B) (vid Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2015, de 19 de enero y en especial sus precedentes: Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2014, de 6 de noviembre).

No es ocioso recordar que aunque el límite a la acumulabilidad más habitual es el factor temporal, no hay que vaciar de contenido la referencia a la conexión que establecía el artículo 76 del Código Penal (desaparecida en la reforma de 2015; posterior a la LO 7/2014). De ahí que en ocasiones se hayan excluido de la refundición condenas pese a que no se alzase objeción cronológica alguna: la naturaleza de los delitos era el dato decisivo (Sentencia del Tribunal Supremo 1196/2000 de 17 de julio). No operaba solo el criterio temporal. Es interpretación razonable considerar acumulables únicamente sentencias nacionales o sentencias extranjeras que en virtud de mecanismos de cooperación internacional han de ser ejecutadas en España amoldándolas a nuestro sistema; sin asimilar a estos efectos las condenas cumplidas en otros países con sistemas diferentes.

VIGÉSIMO

El recurrente denuncia asimismo infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24 de la Constitución Española, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sobre la improcedencia de suscitar cuestión prejudicial se ha razonado extensamente en los primeros fundamentos jurídicos de esta sentencia. El Auto recurrido hace suya la doctrina e interpretación recogida en la jurisprudencia de esta Sala que insisten en la improcedencia de plantear la cuestión. Recogiendo sus argumentos explícita y motiva, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la innecesariedad de esa cuestión prejudicial, (FJ 2).

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por la circunstancia de que la decisión adoptada sea contraria a la pretendida por el recurrente (vid Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre que versa también sobre el rechazo de un Tribunal al planteamiento de una cuestión prejudicial).

VIGESIMOPRIMERO

Al desestimarse el recurso las costas correrán de cuenta del impugnante (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

- NO ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por E. contra el Auto de fecha nueve de junio de dos mil quince dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y recaído en la Ejecutoria nº 6/2014 que acordaba la no formalización de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Decisión Marco 2008/675/JAI de 24 de julio, sobre consideraciones de las resoluciones condenatorias penales en el marco de los países de la Unión Europea y en lo que se refiere a acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país distinto e integrante de la Unión y desestimar la petición de acumulación de condenas impuestas al recurrente; debiendo condenar al recurrente a las costas ocasionadas en su recurso.

- NO ESTIMAR tampoco el planteamiento de cuestión prejudicial que el recurrente solicita.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta, Julián Sánchez Melgar, José Ramón Soriano Soriano, Antonio del Moral García, Joaquín Giménez García.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquín Giménez García, respecto de la Sentencia nº 81/2016

de fecha 10 de febrero, recaída en el Recurso de Casación nº 10634/2015 P, interpuesto por la representación de E., contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional (Pleno de la Sala de lo Penal), de fecha 9 de junio de 2015.

Con la misma extensión, contenido y fundamento que expresé en el Voto Particular a la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014 y que reproduce en las Sentencias del Tribunal Supremo 178/2015 y 179/2015, discrepo de la doble decisión mayoritaria de la Sala de no haber aceptado el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación a la fidelidad de la trasposición de la L.O. 7/2014 a la Decisión Marco 2008/675/JAI.

Asimismo discrepo de la decisión de la mayoría de rechazar la acumulación de condena impuesta al recurrente por el Tribunal Grande Instance de París, ya citada acumulación en la que previamente habría que verificar los datos concretos concernidos a tal condena que pudieran existir en los autos, para en su caso, proceder a la acumulación en los mismos términos en que se admiten para las condenas de los Tribunales Españoles.

Doy por reproducido, en aras a la brevedad, las argumentaciones in extenso contenidas en mis Votos Particulares indicados.

Joaquín Giménez García.

5.- SENTENCIA 900/2016 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 30/11/16

Estimación de recurso de casación admitiendo nueva acumulación que abarque la totalidad de las condenas que sean susceptibles de ello.

Sentencia

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

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del penado R., contra Auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Hena-

res de fecha 19 de febrero de 2016 dictado en la Ejecutoria núm. 390/13, que no dio lugar a la acumulación solicitada por el citado condenado; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo, bajo la Presidencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando el recurrente representado por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Moreno Rodríguez y defendido por la Letrada Doña María Rosa Sanz García-Muro.

I. Antecedentes

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Henares en la Ejecutoria 390/13, dictó Auto de fecha 19 de febrero de 2016, cuyos Antecedentes de Hecho, son los siguientes:

“**PRIMERO.-** En la presente ejecutoria consta como penado R., quien, por su representación procesal, ha solicitado la aplicación de la regla primera del artículo 76 del Código Penal, por lo que se procedió a incoar el correspondiente expediente de acumulación de condenas al que se aportaron hojas de antecedentes penales y certificación de las sentencias cuya acumulación se solicitaba. Una vez recabada dicha documentación, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la representación del penado para formular alegaciones.

SEGUNDO.- El penado en la presente Ejecutoria lo ha sido por las siguientes causas, cuyas penas aún no han sido cumplidas:

1) Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid, de fecha 14/02/2012, que impone la pena de 4 meses y 15 días de prisión por la comisión de un delito el día 26/05/2008.

2) Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Alcalá de Henares, de fecha 26/11/2012 que impone la pena de 12 meses de prisión por la comisión de un delito el día 17/10/2007.

3) Sentencia dictada por el Juzgado Penal nº 6 de Alcalá de Henares, de fecha 22/01/2013, que impone la pena de prisión de 6 meses, por la comisión de un delito el día 08/09/2007.

4) Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 Alcalá de Henares, de fecha 20/03/2013, imponiendo la pena de 2 meses de prisión por un delito cometido el día 11/09/2007.

5) Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Móstoles, de fecha 15/04/2013, que impone la pena de 3 meses de prisión, por un delito cometido el día 28/12/2007.

6) Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Getafe, de fecha 24/06/2013, que impone la pena de 3 meses de prisión por la comisión de un delito el día 05/10/2007.

7) Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 Alcalá de Henares, de fecha 26/11/2013, que impone la pena de 3 meses de prisión por la comisión de un delito el día 02/12/2007.

Por Autos del Juzgado Penal nº 1 de Getafe de fecha 13/03/2012 y del Juzgado Penal nº 2 de Toledo de fecha 27/11/2013 se acumularon ya las penas impuestas en las Ejecutorias nº 2005/2008 del Juzgado Penal nº 4 de Madrid, la nº 2493/2009 del Juzgado Penal nº 28 de Madrid, la nº 141/2007 del Juzgado Penal nº 12 de Madrid, la nº 216/2010 del Juzgado Penal nº 4 de Madrid, la nº 2051/2007 del Juzgado Penal nº 7 de Madrid, la nº 259/2010 del Juzgado Penal nº 28 de Madrid, la nº 3107/2010 del Juzgado Penal nº 32 de Madrid, la nº 517/2011 del Juzgado Penal nº 1 de Getafe, la nº 466/2009 del Juzgado Penal nº 2 de Alcalá de Henares, la nº 2087/2010 del Juzgado Penal nº 32 de Madrid y la nº 274/2013 del Juzgado Penal nº 2 de Toledo.”

SEGUNDO.- El citado Auto contiene las siguientes Parte Dispositiva:

“**ACUERDO** no acumular las condenas impuestas al penado R., por no resultar el triple de la mayor de las penas de las sentencias enumeradas en los ordinales 1 al 7 del antecedente segundo, que sí pueden ser acumuladas, más beneficioso para el penado que la suma de todas ellas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, personalmente al penado y a su representación procesal, haciéndoles saber que puede presentar contra la misma escrito de preparación de recurso de casación en el plazo de cinco días.

Una vez firme la misma, comuníquese al Centro Penitenciario de cumplimiento y, en su caso, a los Juzgados y Tribunales sentenciadores, a los efectos oportunos.”

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

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del condenado R., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley del artículo 849. de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del art. 76 del Código Penal.

2º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 25.2 y 24.1 de la Constitución Española.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión del mismo y su subsidiaria desestimación por las razones expuestas en su informe de fecha 15 de junio de 2016; la Sala admitió el mismo quedando los autos conclusos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de octubre de 2016, se señala el presente recurso para deliberación y fallo, para el día 28 de octubre de 2016; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Henares dictó Auto de fecha 19 de febrero de 2016 denegando la acumulación de condenas solicitada por la representación legal del condenado R., como figura en los antecedentes de hecho. Contra mencionada resolución, dicha representación legal del condenado formula recurso de casación por la vía de la

infracción de Ley, en concreto por aplicación indebida del artículo 76 del Código Penal.

SEGUNDO.- La regla general de cumplimiento de las penas privativas de libertad viene establecida en el artículo 75 del Código Penal que dispone: “cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.” Esta regla general tiene su limitación en el apartado 1º del art. 76 del mismo texto legal , que dispone: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años”, junto a las reglas especiales que siguen a continuación; y el apartado segundo de este artículo, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo , con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015, sigue diciendo: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.” Por su parte, el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula el trámite que debe seguir el juzgador al que corresponda refundir las condenas: “Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo prevenido en el artículo 17 de esta Ley”.

La doctrina de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, y Sentencias del Tribunal Supremo 192/2010 y 253/2010, 1169/2011, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29/11/2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”. Y en concreto, el contenido del acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual “no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación”.

Así pues, deben únicamente excluirse:

1º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, que lo será en la fecha de la sentencia que resulte más beneficiosa para el condenado;

y 2º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación.

Ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso. Habiéndose acordado, como ya hemos dicho, en el Pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005, que a estos efectos no es necesaria la firmeza de la sentencia para determinar el límite de la acumulación.

TERCERO.- En cuanto a los requisitos que exige esta Sala para que proceda la acumulación de condenas, se tiene establecido en reiterada jurisprudencia que, conforme a los artículos 76.1 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la fijación del límite máximo de cumplimiento las sentencias cuya acumulación se pretenda deben computarse hechos que pudieran haber sido objeto de enjuiciamiento conjunto en un único proceso. Esto sólo podrá entenderse así cuando las condenas lo fueran con relación a hechos que no estuvieren sentenciados al tiempo de cometer otros sobre los que también haya recaído sentencia cuya acumulación se pretenda; de modo que solo serían susceptibles de acumulación las condenas referidas a aquellos hechos próximos o lejanos en el tiempo que no se encuentren separados por una sentencia firme; y ello, aunque no sea la fecha de firmeza la relevante a efectos de acumulación sino la fecha de dictado de la misma. Una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme a este criterio general, habrá de determinarse si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 Código Penal, es superior o inferior a la suma aritmética de todas las condenas impuestas, pues solo en este último caso, cuando fuera inferior, procedería la acumulación (Sentencias del Tribunal Supremo 854/2006, de 12-9; 954/2006, de 10-10; 1293/2011, de 27-11; y 13/2012, de 19-1, entre otras).

La nueva refundición que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, ésta resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada (Sentencia del Tribunal Supremo 707/2013, de 30 de septiembre), una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita

a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el Auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva Sentencia.

CUARTO.- Con fecha de 3 de febrero de 2016, esta Sala Casacional ha tomado el siguiente Acuerdo de Pleno para la Unificación de Criterios:

“La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

A los efectos del artículo 76.2 Código Penal hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio.”

QUINTO.- Los motivos esgrimidos por la parte recurrente quedan referidos a la posibilidad de llevar a cabo una refundición general, mediante el mecanismo de la acumulación jurídica, a la luz del nuevo artículo 76 del Código Penal, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el sentido de que pueda considerarse un régimen general de acumulación de todas las condenas que está cumpliendo actualmente el recurrente R., y no solamente las siete que relaciona la resolución judicial como veremos a continuación.

Y ello porque en la resolución judicial recurrida no se responde a la petición que llevó a cabo el penado al comienzo del expediente de acumulación. En efecto, no hay más que leer expresada solicitud para darse cuenta de que su petición venía referida a la totalidad de las condenas que cumple, y no solamente a las siete que se reseñan en el auto (por cierto, sin cita alguna del delito cometido), y se añade: «cuyas penas aún no han sido cumplidas». En efecto, tras relacionar tales condenas, se expone que mediante Autos del Juzgado Penal nº 1 de Getafe de fecha 13/03/2012 y del Juzgado Penal nº 2 de Toledo de fecha 27/11/2013 se acumularon ya

las penas impuestas en las Ejecutorias nº 2005/2008 del Juzgado Penal nº 4 de Madrid, la nº 2493/2009 del Juzgado Penal nº 28 de Madrid, la nº 141/2007 del Juzgado Penal nº 12 de Madrid, la nº 216/2010 del Juzgado Penal nº 4 de Madrid, la nº 2051/2007 del Juzgado Penal nº 7 de Madrid, la nº 259/2010 del Juzgado Penal nº 28 de Madrid, la nº 3107/2010 del Juzgado Penal nº 32 de Madrid, la nº 517/2011 del Juzgado Penal nº 1 de Getafe, la nº 466/2009 del Juzgado Penal nº 2 de Alcalá de Henares, la nº 2087/2010 del Juzgado Penal nº 32 de Madrid y la nº 274/2013 del Juzgado Penal nº 2 de Toledo.

Es decir, que en palabras del Auto recurrido, todas esas ejecutorias ya fueron acumuladas en los Autos respectivos de Getafe y de Toledo, sin mayor explicación acerca de si lo fueron todas en ambas resoluciones judiciales, o se verificó la operación de forma parcial con respecto a algunas ejecutorias.

SEXTO.- Hemos declarado ya la posibilidad de revisar acumulaciones de penas acordadas mediante resolución firme. A tal efecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 214/2012, de 20 de marzo, declara que, según la jurisprudencia de esta Sala, la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada. Ello es consecuencia de la adopción del criterio cronológico que se lleva a la práctica con todas sus consecuencias, de forma que apareciendo una condena por delitos no contemplados en la acumulación anterior, pero que podían haberlo sido, no existen razones suficientes para no incluirlos con posterioridad ampliando la acumulación ya practicada. Un auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido de haber existido una tramitación normal. En estos supuestos, no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas (Sentencias del Tribunal Supremo 146/2010, de 4- 2; 181/2010, de 24-2; y 1261/2011, de 14-11, entre otras).

Esto es lo que procede en el caso de autos.

De manera que estimando el recurso del penado R. debemos revocar el mismo para que por el Juzgado «a quo» se realice la operación de acumulación de condenas en cuanto a todas las que dicho penado estuviese cumpliendo en este momento, dictándose nuevo auto cuyo cómputo abarque la totalidad de las condenas susceptibles de acumulación, en los términos jurídicos dispuestos con la nueva redacción del artículo 76 del Código Penal, y conforme al Acuerdo Plenario anteriormente citado, sin que ello signifique naturalmente que sea o no procedente la petición del penado, exclusivamente que no se ha atendido en los términos en que fue formulada por la representación letrada del mismo. Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

III. Fallo

Que estimando el recurso de casación formalizado por R. contra el Auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Henares de fecha 19 de febrero de 2016 dictado en la Ejecutoria núm. 390/13, debemos revocar el mismo, y en su lugar, ordenar que por dicho órgano judicial se proceda a dictar una nueva resolución judicial por la que se abarque la totalidad de las condenas susceptibles de acumulación que esté cumpliendo el penado, en los términos jurídicos dispuestos en nuestro fundamento jurídico sexto, todo ello declarando de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

6.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL DE LO PENAL DE FECHA 25/10/16

Unificación de penas dictadas por tribunal extranjero y acumulación con cantidad máxima de cumplimiento.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por auto de fecha 15 de abril de 2016 el Juzgado Central de lo Penal de Madrid en la Comisión Rogatoria citada al margen, se acordó: “Se reconoce la unificación de penas concurrentes dictada por la Fiscalía General ante el Tribunal de Milán de fecha 13/02/2009, referencia SA 033.008.004-659 RM, 66/2009 SIEP, que impuso a A.P. la pena de 30

años de prisión por 5 delitos de tráfico de estupefacientes y pertenencia a organización criminal, de esta pena quedan por cumplir 28 años, 4 meses y 19 días de prisión, sin perjuicio de ulterior liquidación de condena, fijándose como día inicial del cumplimiento el 14/10/2003.

Se decreta que la pena que resta por cumplir se efectúe en un centro penitenciario de España.

Comuníquese esta resolución al Ministerio de Justicia español y a las autoridades del estado de emisión.

Una vez ingrese en Centro Penitenciario Español, remítase a éste testimonio de la sentencia y Certificado de la misma de las autoridades italianas, así como de la presente resolución. Una vez practicada y aprobada la correspondiente liquidación de condena remítase testimonio de la sentencia y Certificado de las autoridades italianas y de esta resolución al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria a los efectos oportunos, interesando informe a este juzgado del licenciamiento definitivo del mismo”.

SEGUNDO.- El Procurador de los Tribunales en nombre y representación de A.F.C. mediante escrito de 13 de julio de 2016, formuló contra dicho auto recurso de reforma interesando se dispusiera la reducción y adaptación a veinte años como límite máximo del cumplimiento efectivo de las penas impuestas por las autoridades judiciales del Estado de Emisión, que fueron acumuladas el 13 de febrero de 2009 a petición de la Fiscalía ante el Tribunal de Apelación de Milán, que dictó resolución de unificación de penas concurrentes en ejecución número 66/2009 que fijó en 30 años el límite máximo de cumplimiento, y que le sean reconocidos y aplicados en la liquidación los periodos de reclusión preventiva que sufrió en España y de cumplimiento efectivo en Italia desde el 14 de octubre de 2003, así como las redenciones y beneficios penales y penitenciarios que le correspondan, con cuantos demás pronunciamientos haya lugar en derecho.

Este recurso fue estimado en parte mediante auto de 28 de julio de 2016 respecto a la pena máxima a cumplir en España que se fijó, por adaptación de la pena, en 25 años de prisión, determinándose como día inicial de cumplimiento el 14/10/2003 dejándose sin efecto la liquidación de condena de fecha 20/07/2016 acordándose practicar nueva liquidación en la que se tuviera en cuenta la preventiva abonable de 1 año, 7 meses y 11 días sufrida en 1995/1996 y el último certificado de estado de ejecución remitido por el Estado de emisión de fecha 4 de julio de 2016.

TERCERO.- Mediante escrito de 6 de septiembre de 2016 la citada representación procesal formuló recurso de apelación frente al auto de 28 de julio de 2016 interesando se revocara el mismo en el sentido de fijar la pena máxima a cumplir en España por parte de A.F.P. en 20 años.

El Ministerio Fiscal mediante escrito de 29 de septiembre de 2016, se adhirió al mentado recurso, interesando “la revocación del auto en el que se acuerda el periodo de prisión de 25 años, por otro en el que se fije la pena de 20 años”.

CUARTO.- Remitido el testimonio de particulares confeccionado al efecto, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 10 de octubre de 2016, acordándose mediante Diligencia de Ordenación de 14 de octubre la formación del presente Rollo de Apelación al margen reseñado, designando Magistrada-Ponente, señalándose para la deliberación y votación, el día 21 de octubre de 2016, lo que tuvo lugar.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Interesa el apelante se declare que la pena máxima a cumplir en España por los delitos a que la presente causa se refiere es 20 años de prisión y no 25 como se dice en la resolución recurrida, y ello en aplicación del artículo 76 del Código Penal que establece en el apartado a), como excepción al límite máximo de cumplimiento de 20 años previsto en el primer párrafo del mismo, que la condena lo sea por dos o más delitos y que alguno de ellos este castigado con pena de prisión de hasta veinte años lo que no ocurre en el presente caso pues, de acuerdo con el auto recurrido, los delitos por los que ha sido condenado en Italia tendrían aparejada en España una pena de doce años de prisión o nueve en el caso más favorable.

SEGUNDO.- Estos motivos de recurso han de ser acogidos por lo siguiente.

Establece al artículo 83 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea en relación con la adaptación de condena para reconocimiento de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad que: “1. En el caso de que la duración de la condena impuesta en la resolución sea in-

compatible con la legislación española vigente en el momento en el que se solicita el reconocimiento de la resolución por superar el límite de la pena máxima prevista para ese delito, el Juez Central de lo Penal podrá adaptar la condena. La adaptación consistirá en limitar la duración de la condena al máximo de lo previsto en la referida legislación para los delitos por los que el afectado fuera condenado”.

La Disposición transitoria primera n° 3 establece que “a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la presente Ley, cuando se trate de solicitudes de reconocimiento y ejecución que hubieran podido ser presentadas a partir de diciembre de 2011 y antes de la entra en vigor de la presente Ley, será aplicable la legislación vigente al tiempo de la solicitud de ser más favorable para el condenado”.

Así pues no se trata de fijar el límite máximo de cumplimiento en España en función de la duración de las penas de prisión que le fueron impuestas al apelante en Italia, algunas de más de veinte años, sino de comprobar la compatibilidad de la condena impuesta en la resolución cuyo reconocimiento se pretende, con la legislación española vigente en el momento en que se solicita el reconocimiento, o el que corresponda de acuerdo con la DT 1.3, y si no es así, es cuando se procederá a adaptar la condena.

En el presente caso, sin perjuicio de la duración de las penas de prisión que se impusieron al apelante en las sentencias acumuladas a que se refiere este auto, lo cierto es que los delitos contra la salud pública por los que fue condenado el mismo, referidos a sustancias que causan grave daño a la salud y cometidos en el seno de una organización criminal, no llevan aparejada con arreglo al Código Penal en la redacción actual de los artículos 368 a 370, una pena que pueda alcanzar 20 años de prisión que justificaría que el máximo cumplimiento de las condenas acumuladas fuera de 25 años, por ello procede estimar el recurso y acordar que el límite máximo de cumplimiento en el presente caso es de 20 años conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 76 citado. El límite penológico de 25 años a que se refiere el apartado a) del artículo 76 ha de entenderse en el sentido de que los delitos estén castigados con penas de prisión que puedan llegar efectivamente hasta veinte años, lo contrario sería dejar vacío de contenido el apartado 1 del mismo y en el presente caso, como se dice en el auto recurrido, nos movemos entre penas de prisión de una duración de nueve a doce años.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de A.F.C. al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra el auto de 28 de julio de 2016 del Juzgado Central de lo Penal, dictado en la Comisión Rogatoria 110/2015 que estimaba en parte el recurso de reforma formulado contra el de 15 de abril de 2016 en el sentido de que se fija la pena máxima a cumplir en España en 20 años de prisión, manteniendo el resto de sus pronunciamientos.

Auto de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal de fecha 28-10-16

Aclaración respecto al segundo apellido

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Procurador en representación de A.F.P. se presentó escrito interesando la rectificación del Auto dictado en la presente causa en fecha 25/10/16, en el que se acordaba estimar el recurso de apelación formulado por la representación de A.F.C. contra el auto de fecha 28/07/16 que desestimaba el recurso de reforma formulado ante el auto de fecha 15/0-1/16 en el que por error mecanográfico, figura en el ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO Y PARTE DISPOSITIVA “A.F.C.” cuando debe decir A.F.P., manteniéndose todo lo demás acordado en dicho Auto.

II. Fundamentos jurídicos

Único.- Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 161 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procede rectificar el error mecanográfico cometido en el sentido de que en vez de decir en el ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO Y PARTE DISPOSITIVA “A.F.C.” debe decir A.F.P., manteniéndose todo lo demás acordado en dicho Auto.

Por todo lo expuesto el Tribunal,

ACUERDA; Que debía rectificar y rectifico el error mecanográfico existente en el auto dictado en fecha 25 de octubre de 2016, en el que figura en el ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO Y PARTE DISPOSITIVA “A.F.C.” cuando debe decir A.F.P., manteniéndose el resto del auto referido de este Tribunal.

Comuníquese esta resolución al Juzgado Central de Instrucción y notifíquese a las partes con la advertencia de no ser susceptible de recurso ordinario alguno.

Auto del Juzgado Central de lo Penal de fecha 28-07-16

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 15 de Abril de 2.016, se dictó Auto de Reconocimiento de la LRM cuya parte dispositiva literalmente dice: “SE RECONOCE la unificación de penas concurrentes dictada por la Fiscalía General ante el Tribunal de Milán de fecha 13/02/2099, referencia SA 033.008.004-659 RM, 66/2009 SIEP, que impuso a A.P. la pena de 30 años de prisión por 5 delitos de tráfico de estupefacientes y pertenencia a organización criminal, de esta pena quedan por cumplir 28 años, 4 meses y 19 días de prisión, sin perjuicio de ulterior liquidación de condena, fijándose como día inicial del cumplimiento el 14/10//2003.

Se decreta que la pena que resta por cumplir se efectúe en un Centro Penitenciario de España”.

SEGUNDO.- En tiempo y forma adecuados, se presentó por la representación procesal del condenado, recurso de reforma que terminaba solicitando: que tras su sustanciación , dicte otro por el que estime el recurso y disponga la reducción y adaptación a veinte años como límite máximo del cumplimiento efectivo de las penas impuestas al recurrente por las autoridades judiciales del Estado de Emisión, que fueron acumuladas el 13 de febrero de 2009 a petición de la Fiscalía ante el Tribunal de Apelación de Milán, que dictó resolución de unificación de penas concurrentes en ejecución número 66/2009 y fijó exacerbadamente en 30 años de reclusión el límite máximo de cumplimiento, ordenando también que le sean reconocidos y aplicados en la liquidación a practicar los periodos de reclusión preventiva que sufrió en España v de cumplimiento efectivo en Italia desde el 14 de octubre de

2003, así como las redenciones y beneficios penales y penitenciarios que le correspondan, con cuantos demás pronunciamientos haya lugar en derecho”.

TERCERO.- Con fecha 22 de julio de 2016, el Ministerio Fiscal presentó escrito que literalmente dice:

“Que se opone al recurso interpuesto por la representación del penado A.F.P., contra el Auto de 15 de abril de 2016, por la que se acuerda el reconocimiento y ejecución en España de la sentencia dictada por las Autoridades Judiciales de Italia, al no haberse desvirtuado por el escrito presentado los motivos que se tuvieron en cuenta para dictar la resolución recurrida, procediendo la confirmación de la misma por sus propios fundamentos legales”.

Fundamentos de Derecho

Único.- El recurso se estimable. Corresponde a este Juzgador de conformidad con el artículo 81.3 de la Ley de Reconocimiento Mutuo resolver sobre el reconocimiento y la ejecución en España de sentencia de país de la Unión Europea. Corresponde al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, supervisar las vicisitudes de la ejecución carcelaria previamente acordada por este Juzgado Central de lo Penal. En todo caso conforme al artículo 83 este Juzgado debe adaptar la condena si fuera procedente. Y en el presente caso hay que determinar cuál sea la pena máxima prevista para los delitos por los que se procede pero no refiriéndola a cada uno de ellos individualizadamente si no a la nueva y distinta pena resultado de la refundición o acumulación jurídica que se ha practicado en el Estado de Emisión (Italia). La pena impuesta en total por 5 delitos contra la salud pública e integración en organización criminal ha sido de 30 años, de los que quedan por cumplir 28 años, 4 meses y 19 días.

En primer lugar conforme al artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Declarar conforme a derecho la acumulación de condenas dándose en el caso no sólo conexidad temporal sino incluso material. Siendo la refundición procedente, también en el derecho español, resulta adecuado aplicar el artículo 76 del Código Penal. Pretende el recurrente limitar la condena a 20 años de cumplimiento efectivo pero las condenas impuestas en Italia suponen el tráfico de estupefacientes de los que causan grave daño a la salud producido en el seno de una organización criminal y son 5 los delitos cometidos por lo que es evidente que concurre la excepcionalidad establecida en el apartado a) del número 1 del citado 76, es decir

límite máximo de 25 años en cuanto el sujeto está condenado por 2 o más delitos castigados con pena de prisión de hasta veinte años. Por tanto como alternativamente solicita el recurrente sí resulta procedente adaptar la condena estableciendo como límite máximo el citado de 25 años el cual no resulta incompatible con el artículo 369 bis del Código Penal (máximo de 12 años de prisión, tráfico de drogas por integrante de organización delictiva, por 5 delitos) pero aun aplicando la legislación más favorable serian 9 años de prisión (por 5 delitos) por lo que el límite de 25 años se considera perfectamente compatible con la legislación española en la materia.

En cuando a los restantes pedimentos respecto a redenciones y beneficios penitenciarios solicitados por el recurrente sí son temas competencia del Juzgado Central de Vigilancia penitenciaria, conforme al artículo 86 de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación al presente caso.

III.- Parte dispositiva

Dispongo

Se estima parcialmente el recurso interpuesto en nombre de A.F.P. contra el Auto de fecha 15 de abril de 2016, respecto a la pena máxima a cumplir en España que se fija, por adaptación de la pena, en 25 años de prisión.

Se determina como día inicial de cumplimiento el 14/10/2003, se deja sin efecto la liquidación de condena de fecha 20/07/2016, practíquese nueva liquidación en la que se tendría en cuenta la preventiva abonable de 1 año, 7 meses y 11 días sufrida en 1995/1996 y el ultimo Certificado de esta ejecución remitido por el estado de Emisión en fecha 4 julio de 2016.

Auto del Juzgado Central de lo Penal de fecha 15-04-2016

Antecedentes

PRIMERO.- En este Juzgado Central de lo Penal se ha recibido, procedente del Ministerio de Justicia, solicitud de reconocimiento y ejecución

de la condena impuesta en Italia a A.P., nacido en Montebello Iónico el día 30-01-1964, condenado en: 1) sentencia de 1/06/2000 por el Tribunal de Apelación de Turín; 2) sentencia 26/10/2005 por el Tribunal de apelación de Milán; 3) sentencia 12/02/2007 del tribunal de Apelación de Palermo; 4) sentencia 28/03/2007 JIP del Tribunal de Palermo; 5) sentencia de 30/03/2007 del tribunal de Apelación de Milán, las condenas con todas ellas por tráfico de droga que causa grave daño a la salud cometido por una organización criminal.

El 13/02/2009 la Fiscalía ante el Tribunal de Apelación de Milán dictó resolución de unificación de penas concurrentes en ejecución núm. 66/2009 estableciendo la acumulación jurídica de todas las penas impuestas que fija en 30 años de reclusión, con abono de preventiva de 1 año, 7 meses y 19 días.

SEGUNDO.- El condenado, antes de su encarcelamiento, con residencia legal y habitual en España, con vínculos y arraigo en este país ha solicitado expresamente cumplir la pena en España.

Fundamentos jurídicos

1.- Conforme la Ley de Reconocimiento Mutuo 23/2014, la sentencia no debe ser adaptada de conformidad con el artículo 86.1.2 de la Ley citada, pues ya las autoridades del Estado de Emisión dictaron resolución de unificación de penas concurrentes (refundición o acumulación jurídica de condenas).

2.- Conforme con el artículo 85 da la Ley de Reconocimiento Mutuo no se aprecia que concurren causas de denegación de reconocimiento y ejecución de sentencia en España.

3).- Con fecha 7 de abril de 2016 el Ministerio Fiscal informó favorablemente a dicho reconocimiento y ejecución.

4).- El condenado de conformidad con el artículo 69 da la Ley de Reconocimiento Mutuo ha dado su consentimiento para cumplir la pena en España y se ha acreditado, en todo caso residencia, vínculos y arraigo en España.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

Dispongo

SE RECONOCE la unificación de penas concurrentes dictada por la Fiscalía General ante el Tribunal de Milán de fecha 13/02/2009, referencia SA 033.008.004-659 RM, 66/2009 SIEP, que impuso a A.P. la pena de 30 años de prisión por 5 delitos de tráfico de estupefacientes y pertenencia a organización criminal, de esta pena quedan por cumplir 28 años, 4 meses y 19 días de prisión, sin perjuicio de ulterior liquidación de condena, fijándose como día inicial del cumplimiento el 14/10/2003.

Se decreta que la pena que resta por cumplir se efectúe en un Centro Penitenciario de España.

Comuníquese esta resolución al Ministerio de Justicia español, y a las autoridades del Estado de Emisión.

Una vez ingrese en Centro Penitenciario Español, remítase a éste testimonio de la sentencia y Certificado de la misma de las autoridades Italianas, así como de la presente resolución.

Una vez practicada y aprobada la correspondiente liquidación de condena remítase testimonio de la sentencia y Certificado de las autoridades Italianas y de esta resolución al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria a los efectos oportunos, interesando informa a este Juzgado del Licenciamiento Definitivo del mismo.

7.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA DE FECHA 29/04/16

Aplicación del límite de cumplimiento de 20 años.

Hechos

PRIMERO.- Teniendo en cuenta la Sentencia nº 535 de 04-10-2013, y el auto de aclaración 06-11-2013, del Rollo de Sumario 21/2007, dimanante del Sumario 7/07 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, y las dos sentencias del 27/07/2015, dictadas por la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo, en recurso de casación 10062/2014, y su auto de aclaración de

15/10/2015, ha resultado condenado y con las penas que se dirán a continuación el siguiente procesado: J.A.R.N.

Como autor de un delito continuado de cohecho pasivo, a 3 años y 6 meses de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena multa de 31.033.900 € (con arresto sustitutorio en caso de impago de 2 meses), y 7 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Como autor de un delito de blanqueo de capitales, como jefe de una organización, a 7 años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 200.000.000 € (con arresto sustitutorio en caso de impago de 2 meses).

Como autor de un delito contra la Hacienda Pública a 2 años, 6 meses y 1 día de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 1.629.269,495 € (con arresto sustitutorio en caso de impago de 2 meses); y en concepto de responsabilidad civil deberá abonará la Hacienda Pública 465.505,57 €.

Como autor de un delito de fraude, a 2 años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 8 años.

Como autor de un delito de prevaricación administrativa, a inhabilitación especial para empleo o cargo público por 8 años.

Como autor de un delito de cohecho pasivo, a 1 año de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 300.000 € (con arresto sustitutorio en caso de impago de 2 meses) e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por 4 años, (cuya pena queda embebida en el delito continuado de cohecho).

Como autor de un delito de fraude, a 2 años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 8 años.

Deberá abonar 6/136 partes de las costas procesales.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por la representación procesal del Sr. R.N. se han presentado diversos escritos solicitando en esencia lo siguiente:

- Escrito de fecha 14-12-15: Interesando que se computen como periodos de preventivo los días de comparecencia Apud Acta y los días de asistencia a juicio.

- Escrito de fecha 18-12-15: Que se fije el límite de cumplimiento efectivo atendiendo al límite genérico de 20 años de prisión y teniendo en cuenta el límite específico del triple de la pena máxima impuesta ($3 \times 7 = 21$ años de prisión), e interesando la acumulación de condenas.

- Escrito de fecha 25-2-16 interesando que se compute como preventivo los días de privación del pasaporte a razón de 1 día de prisión por cada 30 días.

- Escrito de fecha 4-4-16 en el que se reitera la acumulación de condenas ya planteada en el segundo de los escritos reseñados.

- Escrito de fecha 6-4-16 reiterando que el caso de Saqueo II aún no es firme, y el grave perjuicio que a efectos penitenciarios le está ocasionando la reiteración de juicios orales que impiden la acumulación de condenas.

SEGUNDO.- Pues bien, en cuanto a la primera cuestión planteada, esto es la liquidación de condena y a la vista de la liquidación practicada y presentada a la Sala por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, vemos que:

- En cuanto al total preventiva abonable, se computan.

Del 29-3-06 hasta el día 14-4-08 = 748 días.

Del 19-5-08 hasta el día 23-3-10 = 674 días.

Total preventiva abonable = 1.430 días.

Se añade, además, 1 día por las 8 ó 9 comparecencias Apud Acta ante órganos judicial (Sentencia del Tribunal Supremo 7-1-2014).

Total = 1.431 días.

- En cuanto no resulta computable como preventiva.

Las 196 sesiones del juicio oral, que el solicitante interesa en base a 1 día de abono por cada 2 sesiones de juicio oral pues como bien dice el Fiscal en su informe de 29-4-16, tales asistencias no pueden entenderse como privaciones de derechos adoptadas cautelarmente que son las únicas que autorizan los artículos 58 y 59 del Código Penal susceptibles de compen-

sación y referidas exclusivamente a las Apud Actas según sentencia citada y la Sentencia del Tribunal Supremo 12-9-13 y el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19-12-13.

Y es que no puede olvidarse que tales sesiones ya han sido computados dentro del periodo de preventiva en esta causa o del cumplimiento en otras por las que el Sr. R N. ha sido condenado.

Y además la asistencia a juicio deviene de obligado cumplimiento por imperativo legal y como consecuencia de la acusación que pesa sobre los imputados, de modo que no puede considerarse como una medida cautelar distinta e independiente de su situación de preso preventivo.

Y lo mismo cabe decir de la privación de pasaporte ya que la prohibición de utilizar el mismo y poder salir del territorio nacional va ínsita en la limitación de la libertad de deambulación que conlleva la situación de prisión preventiva.

Por lo que hemos de considerar como ajustada a derecho la liquidación de condena efectuada por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, por lo que el Tribunal aprueba el contenido de la misma.

TERCERO.- En cuanto a la solicitud de acumulación y refundición de condenas

hemos de hacer las siguientes precisiones:

a) Con fecha 18-12-15 la representación procesal del Sr. R. ya la había interesado, reiterándola como queda dicho, mediante escrito de fecha 4-4-16, habiéndose ya iniciado meses antes la ejecución respecto de los demás condenados en este “Caso Malaya”.

b) En cuanto a la competencia de esta función, el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76.1 del Código Penal.

En el presente caso nos encontramos que en el momento de dictar esta resolución (cuatro meses después de haber sido solicitada por la parte) lo cierto es que la última sentencia firme dictada contra el Sr. R. es la sentencia del Caso Malaya, toda vez que la recaída en el Caso Saqueo II aún no es firme al estar pendiente de recursos de nulidad.

Por eso, partiendo de la base de que es ésta la última sentencia firme, por ahora, contra el Sr. R., se nos plantea el problema procesal, de que a nuestra sentencia seguirá:

La Sentencia firme de Saqueo II.

La Sentencia de la Sección Tercera: Caso Pinillo (en fase de juicio).

La Sentencia de la Sección Octava: Caso Goldfinger (en trámite de informes).

La Sentencia de la Sección Novena: Caso Desaladora (en fase de juicio).

La Sentencia de la Sección Primera: P.A. N° 1007/15 (juicio en julio).

Y a mayor abundamiento están pendientes de celebración de juicio otros 110 procedimientos más que habrán de ser sentenciados también por la Secciones de la Audiencia Provincial de Málaga o por los Juzgados de lo Penal de dicha localidad.

Tal panorama procesal del Sr. R. hace difícil la operación de refundición de penas, pues mientras que se celebran los juicios, recae sentencia y el Tribunal Supremo o la Audiencia Provincial resuelven los pertinentes recursos de casación o de apelación, resulta realmente incierta la fecha y el órgano jurisdiccional que pueda llegar a realizar la repetida refundición de penas, pues con bastante seguridad cuando un órgano esté practicando tal operación, recaerá la firmeza de una nueva sentencia, pasando a ser el Tribunal de esta última el competente para hacerla.

Y tal problemática procesal no es baladí, toda vez que se han aportado resoluciones del Juzgado de Vigilancia penitenciaria en las que se manifiesta que las cuestiones penitenciaria del penado, como por ejemplo los permisos penitenciarios del interno dependerán del pago de la responsabilidad civil (de la que ya lleva satisfechos más de 9 millones de €) así como “de la conveniencia de esperar a que se incluyan en la pertinente hoja de cálculo, tras la oportuna refundición o acumulación jurídica si procediera, a fin de determinar no sólo de forma exacta las fechas de cumplimiento sino también el programa tratamental a seguir en atención a los tramos temporales de cumplimiento”.

La realidad es que el Sr. R. lleva en situación de prisión preventiva ininterrumpida desde el 29-3-2006, sin haber obtenido ni un solo permiso penitenciario, por lo que hemos de convenir que la acumulación de condenas es esencial para el tratamiento penitenciario del interno.

CUARTO.- Sentado lo anterior la refundición de las condenas impuestas al Sr. R., en virtud de lo dispuesto en el art. 76 del Código Penal según el cual: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de tiempo efectivo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años”. Reseñando a continuación plazos superiores que no resultan aplicables al caso.

De modo que al ser la pena máxima hasta ahora impuesta la de 7 años de prisión por delito continuado de Blanqueo de Capitales, el triple de la máxima serían 21 años de límite específico.

Siendo dicha cuantía superior al límite genérico previsto en nuestra legislación que como decimos es de 20 años, es visto que este último sería el límite máximo a aplicar no sólo por las sentencias ahora refundidas, sino incluso las que se puedan dictar en un futuro dada la naturaleza de los delitos imputados al Sr. R. y las penas previstas para los mismos.

El límite temporal máximo de los 20 años sería en todo caso aplicable.

QUINTO.- En cuanto a la conexidad temporal reiterada jurisprudencia y entre ella la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-3-2002 establece que la doctrina de esta Sala interpreta el requisito de conexidad que exigen los artículo 998 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal “para la acumulación jurídica de penas en sentido favorable al reo, estimando que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión”.

En el presente caso todos los delitos por los que ha sido condenado el penado lo han sido por hechos realizados cuando desempeñaba las funciones de Gerente de Urbanismo en el Ayuntamiento de Marbella, en el periodo comprendido entre los años 1991-2006, habiendo podido ser enjuiciado todos ellos en un mismo proceso si los medios de la Administración de Justicia lo hubieran permitido, ya que se procedió a la detención del mismo en el año 2006 acusado de todos estos tipos delictivos.

No obstante, de todos los delitos imputados y que aún se imputan al Sr. R. los principales y más castigados han sido los enjuiciados en el Caso Malaya, procedimiento que se ha seguido con la mayor flexibilidad en la

interpretación de las normas procesales a favor del reo y que sigue teniendo la Administración Judicial de todos los bienes del penado con lo que se viene satisfaciendo las responsabilidades contraídas en este y otros procedimientos contra el mismo.

SEXTO.- De otro lado y como ya tuvo ocasión de resolver este Tribunal con ocasión de la recusación del Juez Instructor de Malaya por considerar que se había producido una vulneración de las normas de competencia, y una vulneración del derecho al Juez natural predeterminado por la Ley, que vino a resolverse que la intervención de uno u otro Juez instructor es una cuestión que no afecta a la competencia sino a las normas de reparto de los Juzgados; del mismo modo podía mantenerse que la especial complejidad de la causa permite la interpretación flexible de la misma en clara interpretación favorable al reo, a fin de no perjudicar indefinidamente la situación penitenciaria del Sr. R.

SÉPTIMO.- A mayor abundamiento y con independencia de ello, se admite por la Jurisprudencia la formación de grupos de ejecutorias, siendo factible partir de una determinada sentencia y tomar luego las relativas a hechos de fecha anterior a aquélla para fijar así las que serían acumulables. Y cerrado un grupo, con este criterio, proceder del mismo modo tantas veces como fuera preciso.

Es también reiterada la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 27-1-15 según la cual los autos de acumulación no producen efecto de cosa juzgada, de manera que la existencia de acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles, asimismo, de acumulación.

En estos casos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación, dictada conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de dictarse un nuevo Auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas. Aunque la nueva acumulación que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 13-4-15 establece que “Si tras el dictado de un Auto de acumulación aparecen otras

sentencias condenatorias contra la misma persona, lo que permitirá o impedirá la acumulación entre todas las penas contempladas será el cumplimiento de las exigencias legales, tal como han sido interpretadas por la Jurisprudencia, pero en ningún modo será óbice a la nueva acumulación la preexistencia de una anterior”. Los Autos de acumulación están siempre abiertos a posibles variaciones determinadas por la aparición de una nueva condena referida hechos que, por su cronología, sean acumulables.

Pero en lo atinente a esa nueva condena y la posibilidad de agrupamiento, siempre será factible una nueva decisión para integrarla o no, que varíe en lo que proceda el auto anterior, y ello aunque hay sido confirmado o alterado en casación.

No es admisible que las dilaciones en el enjuiciamiento de unos hechos alteren en perjuicio del reo, perjuicio que en ocasiones puede ser muy notable, una norma de derecho penal material como es el artículo 76 del Código Penal

OCTAVO.- Por todo ello se acuerda la acumulación de todas las condenas que se exponen a continuación y la refundición de todas las penas en el límite máximo legal del artículo 58 Código Penal de 20 AÑOS DE PRISIÓN.

ORD.	ÓRGANO JUDICIAL	CAUSA	FECHA STA.	FECHA HECHOS	DELITO	PENA	FIRMEZA	FINAL CONDENA
1º	Juzgado de lo Penal número 6 de Málaga	Ejecutoria 294/2009 P.A. núm.	30-7-08	1997	Dos delitos de tráfico de influencias	0-9-0	23-3-2009	05-06-2010
2º	T.S.J. Número 1 con sede en Granada “URQUÍA”	Ejecutoria 2/2009: P.A núm. 2/2009	07-08-08	2006 (Antecedente de hecho Primero Sentencia del Tribunal Supremo 308/2009	Delito de Cohecho	0-0-15	STS núm. 308/2009, de 23 de marzo	20-06-2010
3º	Sec. 4ª Audiencia Nacional “SAQUEO I”	Ejecutoria 32/2009, Rollo 5/2008; P.A. núm. 76/2001 Jdo. Central de Instr. N° 6	23-1-09	1991-1995 F.D 4 y 13 STS)	1.- Delito continuado de malversación de caudales públicos. 2.- Delito continuado de falsedad en documento mercantil	5-0-0 1-10-0	STS núm. 1394/09. de 25 de enero de 2010	08-05-2015

Continúa en la página siguiente

Acumulación

ORD.	ORGANO JUDICIAL	CAUSA	FECHA STA.	FECHA HECHOS	DELITO	PENA	FIRMEZA	FINAL CONDENAS
4º	Sección 3* Audiencia Provincial	Ejecutoria 81/13; P.A. 42/2009	16-12-01	(F.D40M STS núm. 841/2013)	Delito de malversación de caudales públicos	3-0-0	STS núm. 841/2013. de 18 de noviembre	07-05-2018
5º	Secc.1* Audiencia Provincial de Málaga MALAYA	Rollo de Sumario Núm. 21/2007; Procedimiento Sumario Número 7/2007 del Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella	4-10-13	A) 2002-2006 (F 170 a 261) B) 1996 (Folio 317) C) 2002 (F. la 1651 yss) D) 10-09-2002 (F 353yss.) E) Junio 2004 (F 372)	1.- Delito continuado de cohecho pasivo para acto injusto ejecutado 2.- Delito de blanqueo de capitales 3.- Delito contra Hacienda Pública 4.- Prevaricac. y Fraude 5.- Prevaricac. y Fraude	3-6-0 7-0-0 2-6-1 2-0-0 2-0-0	STS núm. 508/2015. De 27 de julio.	

TOTAL SUMA ARITMÉTICA CONDENAS FIRMES: 25-31-16 TRIPLO PENA MÁS GRAVE (7-0-0): 21 AÑOS.

Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA la acumulación de las siguientes sentencias condenatorias dictadas contra D. J. A. R. N.

La Sentencia firme del “Caso Belmonsa”.

La Sentencia firme del “Caso Urquía”.

La Sentencia firme del “Caso Saqueo 1”.

La Sentencia firme del “Caso Minutas”.

La Sentencia firme del “Caso Malaya”.

Cuyas circunstancias referentes a condenados, delitos y penas impuestas ya han sido recogidas y especificadas en la fundamentación jurídica de esta resolución.

Y refundir todas las penas impuestas en dicha resolución fijando la PENA MÁXIMA A CUMPLIR POR ESTAS CONDENAS Y SEGUIDAMENTE POR LAS QUE SE IMPONGAN EN 20 (VEINTE) AÑOS DE PRISIÓN.

8.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 14/06/16

Desestimación de solicitud de acumulación de causas licenciadas para refundirlas con las que se están cumpliendo.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, J.M.M.S., presenta petición para que se le anule el licenciamiento definitivo acordado por los Tribunales Sentenciadores en causas precedentes a fin de que se puedan refundir las causas licenciadas a las que cumple en la actualidad.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la petición presentada.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- El interno formula presenta petición para que se le anule el licenciamiento definitivo acordado por los Tribunales Sentenciadores en causas precedente a fin de que se puedan refundir las causas licenciadas a las que cumple en la actualidad.

La petición del interno en modo alguno puede prosperar, las causas que tiene licenciadas no pueden formar parte de la refundición de condenas que se realice a efectos del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la petición del interno J.M.M.S., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN

9.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 08/01/16

Progresión a tercer grado por concurrencia de factores favorables (pese a informe desfavorable del Ministerio Fiscal).

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En este Juzgado se tramita expediente CLA 1406/15-2, en virtud de escrito remitido por el interno R.L.C. del Centro Penitenciario de A Lama interponiendo recurso contra la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 16-10-15, ratificando la propuesta razonada de revisión de grado de la Junta de Tratamiento de 10-09-15, de continuidad de segundo grado de tratamiento penitenciario.

Por auto de fecha 22-12-15 se acordó estimar el recurso formulado por el interno acordando su progresión a tercer grado de tratamiento; interponiéndose por el Ministerio Fiscal recurso de apelación.

SEGUNDO.- Por el Procurador en representación del interno se presentó en el día de hoy escrito vía LEXNET, de alegaciones al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el referido auto, solicitando en OTROSÍ DIGO la ejecución provisional del mismo por no tener efectos suspensivos.

Razonamientos jurídicos

Único.- La petición formulada por el Procurador en representación interno R.L.C. en su escrito presentado el día de hoy vía LEXNET, en el sentido de que el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal

contra el auto de 22 de diciembre de 2015 por el que se acordaba su progresión a tercer de tratamiento penitenciario, no debe tener efecto suspensivo, debe ser acogida por las razones que a continuación se señalan. El recurso de apelación contemplado en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial se rige por las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas al régimen de dicho recurso. En este sentido se dispone en el artículo 217 de nuestro Texto procesal que... “podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente”.

Por su parte el artículo 766 del mismo Texto Legal, en el ámbito del Procedimiento abreviado que se sigue ante los Juagados de Vigilancia Penitenciaria, señala que.... “Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento”. Resulta evidente que dicho recurso no tiene, con carácter general, efecto suspensivo salvo que una disposición legal lo determine expresamente. La Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica General Penitenciaria señala que... “5.- Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de panados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de delitos graves, el recurso tendrá efectos suspensivos que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso...”. Si tenemos en cuenta que excarcelación significa “acción y efecto de excarcelar” y que excarcelar supone “la puesta en libertad de un preso por mandato judicial”, esto no es lo que en los supuestos de lo que podríamos denominar “régimen ordinario” de tercer grado, en el que lo que se produce es una modificación del horario durante el cual un interno debe permanecer en Establecimiento penitenciario. La excarcelación debe restringirse a los casos de libertad condicional o tercer grado con medios telemáticos, supuestos que no concurren en el presente caso.

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

Parte dispositiva

SE ESTIMA la petición formulada por el Procurador en representación del interno R.L.C., de ejecución provisional de progresión a tercer grado

de tratamiento penitenciario acordada por auto de este Juzgado de fecha 22 de diciembre de 2015.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra de fecha 22/12/15

Hechos

Único.- En este Juzgado se sigue expediente 1406/15-2, a instancia del interno R.L.C. del Centro Penitenciario de A Lama, formulando recurso contra la resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 16-10-15, ratificando la propuesta razonada de revisión de grado de la Junta de Tratamiento de fecha 10-09-15, de continuidad de segundo grado de tratamiento penitenciario.

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

Único.- Hay que tener presente que la progresión en el tratamiento penitenciario de los internos dependerá de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directa relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicaran una mayor libertad, y teniendo además presente que en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de una progresión.

El recurso entablado por el interno contra el acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de 16 de octubre de 2015 por el que se acuerda su clasificación en segundo grado (régimen ordinario), debe ser estimado por las razones que a continuación se seña-

lan. Las variables a considerar, de cara a su clasificación en tercer grado (artículos 102.2 y 106.2 ambos del Reglamento Penitenciario), concurren cualificadas como para entender que está capacitado para el cumplimiento de su condena en régimen de semilibertad. Así lo ha entendido la propia Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de A Lama (Pontevedra), que con el solo voto en contra del Jurista, entendió que el recurrente está perfectamente capacitado para cumplir su condena en régimen abierto. Ello resulta especialmente significativo, si tenemos en cuenta que son los profesionales del Equipo Técnico del Centro Penitenciario quienes conocen perfectamente la evolución tratamental del interno a través de su observación directa y continuada. Se constata que, dado que la psicóloga votó favorablemente a la progresión de grado, la asunción de su responsabilidad delictiva es la adecuada, alcanzando la pena en cumplimiento la intimidación necesaria. Por otra parte, es indiscutible que, desde que tuvieron lugar los hechos que originaron la condena que cumple R.L.C. (11 años), ha mantenido hasta la actualidad una conducta plenamente ajustada a las exigencias del ordenamiento jurídico, por lo que debe concluirse que los riesgos de reincidencia son bajos; afirmación que se ve reforzada por el hecho de que el interno permaneció en el régimen previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario mientras se tramitaba el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, con salidas al exterior, durante las cuales observó siempre una conducta intachable, respondiendo plenamente a la confianza en él depositada. En lo que respecta a su trayectoria penitenciaria hay que resaltar su conducta siempre adaptada y su destacada participación en las actividades del Establecimiento penitenciario. No presenta problemática toxicofílica ni psicopatológica que pudieran perjudicar un proceso normalizado de reinserción; proceso que se ve fortalecido por el hecho de que el R.L.C. esta socio-familiarmente bien integrado y posee recursos para hacer frente a sus necesidades y a las de su familia. Entendemos que la clasificación en segundo grado es contraria a las variables que acabamos de señalar y a la exigencia contenida en el artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que señala que: “En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”. Tampoco conviene olvidar que el castigo de un interno para alcanzar los fines de prevención general, compromete la dignidad del ser humano, que se utiliza como un mero instrumento a tal prevención general que, de ser factible, ya que nunca sido empíricamente demostrada, debería alcanzarse con la conminación de la norma penal.

Por lo que respecta a la finalidad retributiva de la pena cabe indicar que, dadas las variables apuntadas, no parece razonable que pueda perturbar la única finalidad de las penas constitucionalmente reconocida (artículo 25.2 de la Constitución), que no es otra que la resocialización de los penados, lo que indudablemente se produciría si permitiésemos los innegables efectos desocializadores de la privación de libertad, al margen de razones puramente tratamentales. Para terminar insistir, como ya hemos hecho en anteriores ocasiones, en que ni la duración de la condena ni la tipología delictiva, razones aducidas por el Ministerio Fiscal sin más, son razones con apoderamiento legal para sostener la imposibilidad de progresión tratamental.

Por ello procede estimar el recurso formulado por el interno R.L.C. contra la resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 16-10-15 de continuidad de segundo grado, acordando su progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario.

Vistos los artículos 59 y ss. de la Ley Orgánica Penitenciaria y concordantes de su Reglamento, y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

SE ESTIMA el recurso formulado por el interno R.L.C. contra la resolución de la Subdirección General de tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 16-10-15 de continuidad de segundo grado, acordando su progresión a TERCER GRADO de tratamiento penitenciario.

El interno gozará desde el día de la fecha de todos los derechos y deberes que la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento otorgan a dicha clasificación.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, y al interno recurrente con entrega de copia de la misma, haciéndoles saber que contra la misma y ante este Juzgado podrá interponer recurso de Reforma en el plazo de tres días a contar del siguiente a su notificación.

Habiendo emitido informe en sentido contrario el Ministerio Fiscal, esta resolución no es ejecutiva, una vez alcance su firmeza se participará al Centro Penitenciario.

10.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BALEARES DE FECHA 28/06/16

Concesión del tercer grado, condicionado al pago efectivo de la responsabilidad civil.

Hechos

PRIMERO.- En fecha 30/05/16 se ha recibido en este Juzgado escrito del Letrado en nombre de la interna del CIS Joaquín Ruiz-Giménez, S.P., por el que formulaba recurso de queja contra la resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 05/05/16 en la que se acuerda su clasificación inicial en segundo grado.

SEGUNDO.- Incoado el oportuno expediente, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de que, visto el informe, procede desestimar la pretensión de la interna.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Según el artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y su concordante del Reglamento Penitenciario señalan que la progresión en el tratamiento, dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Asimismo, resulta obligado destacar que la progresión y regresión de grado, que es absolutamente independiente del tiempo de permanencia en prisión (Auto Audiencia Provincial de Palma de 27 de septiembre de 2001), está directamente relacionada con el tratamiento penitenciario, que como es sabido, está dirigido a la reeducación y reinserción social de los penados, concretada en el desarrollo de una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con la familia, al prójimo y a la

sociedad en general (artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), valores que únicamente pueden ser inculcados mediante la activa participación del penado en la planificación y ejecución del tratamiento (artículo 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria); así pues, la participación del penado no sólo se contempla como un derecho del interno, sino también como una carga u obligación, dirigida a cumplir los objetivos que deben presidir todo régimen tratamental y que en palabras del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/38 de 16 de febrero) se resumen en la corrección y readaptación del penado”.

SEGUNDO.- En nuestro caso, constan suficientes variables positivas para la progresión, de grado (primariedad delictiva, antigüedad de los hechos, buena conducta penitenciaria, correcta participación en actividades programadas, ausencia de adicciones, apoyo familiar, hábitos laborales, adecuado nivel formativo, edad al tiempo de cometer los hechos puesta en relación con la participación de los progenitores en el mismo) procediendo, en consecuencia, estimar el recurso. Si bien condicionando esta decisión a que la interna suscriba compromiso de pago de la responsabilidad civil y efectúe puntualmente los ingresos que en mismo se establezcan, los cuales deberán ser acordes a su capacidad económica real, más allá de la resolución judicial que decreta su insolvencia, evidenciada en hechos tales como la defensa por Letrado de designación particular en este expediente o el disfrute de asistencia médica privada.

Parte dispositiva

SE ESTIMA el recurso de queja interpuesto por el Letrado en nombre de la interna del CIS Joaquín Ruiz-Giménez, S.R., frente a la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 03/05/16, revocando íntegramente dicha resolución y se acuerda conceder a la citada interna el tercer grado de tratamiento, condicionando esta decisión a la firma de un compromiso de pago de la responsabilidad civil acorde con su capacidad económica real y abono puntual de las cantidades que en el mismo se establezcan.

11.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 12/04/16

Progresión a tercer grado por estimar la concurrencia de factores favorables.

Hechos

PRIMERO.- Que por el interno A.N.G., del Centro de Inserción Social de Huelva, se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por el que se acuerda su continuidad en segundo grado de tratamiento.

SEGUNDO.- Que conferido traslado al Ministerio Fiscal, informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Que según preceptúa el artículo 76.2.f de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el Juez de Vigilancia Penitenciaria 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.

SEGUNDO.- Que de acuerdo con el artículo 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado dependerá de la evolución positiva en el tratamiento recibido. Y en el presente supuesto, pese a la indudable gravedad del delito cometido (un delito de asesinato en grado de tentativa) y la trascendencia social de tal tipo de infracciones, 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 de Inserción Social 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 y su buena adaptación social, considerándolo capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad (artículo 102.2 y 102.4 del Reglamento

Penitenciario). Por otro lado, hay que tener en cuenta que según se acredita por la documentación aportada, el interno asume su responsabilidad delictiva, tiene una buena vinculación familiar y ha observado en el tiempo transcurrido en prisión una conducta positiva, llevando a cabo un adecuado desempeño de las actividades encomendadas, y clasificado en artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario desde agosto de 2015 y en el CIS de Huelva desde febrero de 2016, participando en el curso de operaciones básicas de cocina y posteriormente, desempeñando actividad laboral como camarero, debiéndose además tener en cuenta que ha disfrutado de tres permisos sin incidencias, que se encuentra actualmente abstinentes del consumo de alcohol, causa directamente precipitante de su grave conducta delictiva y en tratamiento en el programa libre de drogas del Servicio Provincial de Drogodependencias y Adicciones y que está llevando a cabo el abono de la responsabilidad civil derivada del delito en cuotas mensuales 200 euros, conforme a su capacidad económica actual, todo lo cual hace posible estimar que se encuentra capacitado para llevar un régimen de vida en semilibertad, debiéndose tener además en cuenta que la clasificación en tercer grado del penado no implica en modo alguno una remisión o condonación de la pena, sino únicamente una forma de cumplirla de acuerdo con el tratamiento penitenciario individualizado previsto en los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por todo ello, concurriendo todos los requisitos generales para la clasificación de la interna en tercer grado de tratamiento, procederá estimar el recurso interpuesto, acordándose su clasificación conforme al artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

Parte dispositiva

Que procede ESTIMAR el recurso interpuesto por el interno A.N.G., del Centro de Inserción Social de Huelva, contra el acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 8/3/2016 y en consecuencia considerar que el mismo debe quedar clasificado en tercer grado, artículo 83, del Reglamento Penitenciario, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro de Inserción Social de esta Ciudad para su cumplimiento.

12.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 28/06/16

Admisión recurso para progresión a tercer grado.

Hechos

PRIMERO.- Que por el interno J.D.B., del Centro de Inserción Social de Huelva, se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por el que se acuerda su continuidad en segundo grado de tratamiento.

SEGUNDO.- Que conferido traslado al Ministerio Fiscal, informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Que según preceptúa el artículo 76.2.f de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el Juez de Vigilancia Penitenciaria 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.

SEGUNDO.- Que de acuerdo con el artículo 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado dependerá de la evolución positiva en el tratamiento recibido. Y en el presente supuesto, pese a la indudable gravedad del delito cometido y la trascendencia social de tal tipo de infracciones, concurren una serie de factores que permiten la clasificación del interno en el tercer grado penitenciario. Así, hay que tener en cuenta que según se acredita por la documentación aportada, el interno tiene una buena vinculación familiar y ha observado en el tiempo transcurrido en prisión una conducta muy positiva, llevando a cabo un adecuado desempeño de las actividades encomendadas, con una evaluación que el propio Centro califica como “excelente”, constándole 16 recompensas en su expediente, encontrándose clasificado en segundo grado artículo 100.2 y residiendo en el CIS de Huelva, disfrutando de salidas diarias para la realización del curso IN&OUT, así como de salidas de fin de semana y de seis permisos ordinarios sin incidencias, que se encuentra actualmente abstinentes del consumo de sustancias tóxicas, careciendo de dicha problemática todo lo cual hace

posible estimar que se encuentra capacitado para llevar un régimen de vida en semilibertad, debiéndose tener además en cuenta que la clasificación en tercer grado del penado no implica en modo alguno una remisión o condonación de la pena, sino únicamente una forma de cumplirla de acuerdo con el tratamiento penitenciario individualizado previsto en los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por todo ello, concurriendo todos los requisitos generales para la clasificación de la interna en tercer grado de tratamiento, procederá estimar el recurso interpuesto, acordándose su clasificación conforme al artículo 82.1º del Reglamento Penitenciario, y sin perjuicio de que el interno continúe en el curso que está llevando a cabo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

Parte dispositiva

S.S^a DISPONE: Que procede ESTIMAR el recurso interpuesto por el interno J.D.B. del Centro de Inserción Social de Huelva, contra el acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 20/04/2016 y en consecuencia considerar que el mismo debe quedar clasificado en tercer grado, artículo 82.1º, del Reglamento Penitenciario, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro de Inserción Social de esta Ciudad para su cumplimiento.

13.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 03/08/16

Estimación de recurso de queja y progresión a tercer grado por concurrencia de factores favorables.

Hechos

PRIMERO.- Se interpone por la Procuradora de los tribunales y de la interna del Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre, D^a. M.T.Z.G., recurso contra el de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

de fecha 14 de junio de 2016, por el que se mantiene la clasificación penitenciaria en segundo grado de la precitada interna en concordancia con el acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 30 de marzo de 2016, ello la forma obrante en autos.

SEGUNDO.- Interesados los pertinentes informes, que fueron remitidos por el Centro, con el contenido que obra en las actuaciones, se dio traslado de las mismas al Ministerio Fiscal quien interesó la estimación del recurso en la forma obrante en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- El tercer grado penitenciario, conforme al sistema de “individualización científica” que es el recogido en el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria supone, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario, la capacitación de los internos por sus circunstancias personales y penitenciarias, para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

La determinación de la clasificación de la interna, según previene el artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario en relación con el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria viene estrechamente relacionada con la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo de la misma, así como la duración de las penas y el medio social al que habrá de retomar el interno o la interna.

SEGUNDO.-Establecido lo anterior, el dato relevante para acordar la clasificación o progresión en los distintos grados está presidida además por la concurrencia de una serie de circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia penitenciaria que genere el necesario clima de confianza en el que el tratamiento empleado haya conseguido o esté en vías de conseguir el fin último de la pena, esto es, la reeducación y reinserción social de la interna (artículos 25.2 de la Constitución Española y 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

La resolución del presente recurso necesariamente ha de partir del Auto dictado por este juzgado el pasado 29 de junio de 2016 que devino firme al

no ser recurrido por ninguna de las partes. En dicha resolución se analizaban las circunstancias concurrentes en aquel momento en relación al recurso que en dicho expediente se resolvía y que finalmente fue desestimado. El recurso que entonces se presentó cuestionaba la decisión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 7 de marzo de 2016 en relación con el acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 16 de diciembre de 2015 de forma que tras un análisis pormenorizado de los motivos alegados por las partes en defensa de sus pretensiones se resolvió que procedía la desestimación del recurso interpuesto.

Partiendo, por tanto de lo expuesto, y a fin de facilitar la adecuada comprensión de la resolución que hoy se dicta, conviene recordar lo que en aquel momento se razonó: "...así las cosas es cierto que la decisión de la Junta de Tratamiento que fundamenta la decisión de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria recurrida contiene una fundamentación en la que se constata como motivos de denegación para la progresión en grado, la gravedad del delito, la alarma social, la lejanía de las fechas de cumplimiento así como la negativa actitud ante el delito. Esta argumentación merece una reflexión previa en relación con los criterios objetivos que también han sido aplicados en la resolución dictada con anterioridad en relación al señor J. Z., hermano de la recurrente. En este sentido hay que recordar la práctica identidad de la condena impuesta a ambos en la sentencia de la que se trae causa. Desde esta perspectiva ha de recordarse que la propia Junta de Tratamiento y Ministerio Fiscal informaron favorablemente para la progresión a tercer grado de dicho interno teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el mismo, y que en todo caso ponían de relieve el adecuado comportamiento del aquél y la adecuada valoración personal del interno durante el periodo del tratamiento penitenciario y actividades desarrolladas durante su estancia en prisión. Desde esta perspectiva hay que tener en cuenta que si hubiera concurrido en el caso de la señora Z. la misma valoración en la evolución tratamental, y, en consecuencia, el grado de confianza adquirido por la Junta de Tratamiento, la resolución que debiera dictarse por este juzgador necesariamente debiera ser la misma que se adoptó en aquel caso y, por tanto, debiera estimarse el recurso que hoy se resuelve pues no puede compararse que se valoren como factores de inadaptación criterios como son el tipo de delito o el tiempo de condena pendiente de cumplimiento cuando en el caso del señor Z. no fueron apreciados. En este sentido, y como ya se ha expuesto, la verdadera cuestión debatida, por tanto, se centra en la evolución perso-

nal y actitud ante el delito que la Junta de Tratamiento valora de manera diferente en el caso de la señora Z., aunque como hemos visto la opinión de los profesionales intervinientes no es unánime”

Desde esta perspectiva, por tanto, ya quedaron fijados en dicha resolución los parámetros, que aplicados en dicho momento por la Junta de Tratamiento, no se entendían susceptibles de ser tenidos en cuenta atendiendo a las circunstancias concurrentes en aquél momento atendiendo al caso concreto que se resolvía y, por el contrario, se explicaba, el criterio que en dicho momento llevó a la desestimación del recurso y que no fue otro que el entender que en aquél momento, diciembre de 2015, aún no se había producido la evolución penitenciaria necesaria para entender la progresión en grado solicitada por la interna y el hecho de que en dichos momentos el tiempo de cumplimiento de condena no había llegado aún a la mitad de la misma.

También se destacaba en aquella resolución que, precisamente en relación a la valoración del comportamiento de la interna ante el delito, ya existía una divergencia de criterios en los profesionales de la Junta de Tratamiento, pues frente al criterio mayoritario de la misma contra argumentaba el/la psicólogo/a en su informe que por el contrario, según su criterio, observaba una actitud favorable de la interna y que consideraba conveniente y procedente la progresión en grado de la misma.

TERCERO.- Partiendo de lo expuesto y centrándonos pues en el recurso que hoy se resuelve, encontramos que las circunstancias que han de valorarse en estos momentos no son las mismas que las que lo fueron entonces en el auto de fecha 29 de junio pasado.

En primer lugar, porque en este caso el Ministerio Fiscal informa favorablemente a la estimación de recurso, destacando expresamente que el Ministerio Público asume la fundamentación del voto particular de la psicóloga frente al criterio mayoritario de la Junta de Tratamiento, y que en consecuencia entiende que no concurre en estos momentos, por tanto, el motivo que en su día llevó a este juzgado a desestimar el recurso interpuesto contra la Junta de Tratamiento de marzo de 2016, concluyendo su informe exponiendo que, en consecuencia, procede la estimación del recurso y la progresión de la interna a tercer grado penitenciario.

Junto a lo expuesto, resulta relevante, y también ha de ser valorado en la presente resolución, que el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento

del que se trae causa en el presente recurso, y que fue notificado a la interna con fecha 6 de abril del presente año, contiene exclusivamente en el mismo, como causas de denegación de la progresión en grado: “la gravedad del delito, alarma social y lejanía de fechas de cumplimiento”, de manera que se excluye expresamente la actitud negativa ante el delito, conducta que, por el contrario, sí se incluyó expresamente en la notificación del acuerdo de fecha 16 de diciembre de 2015 y, que como se ha expuesto, fue relevante en la valoración de las circunstancias tenidas en cuenta en el auto de fecha de 29 de junio a fin de desestimar el recurso entonces interpuesto.

En todo caso, también es cierto que en el informe posterior remitido a este juzgado por el Centro Penitenciario se fundamenta la denegación de la progresión en grado no solamente en las causas que en dicha notificación se contienen, que como se ha dicho no incluye la actitud negativa ante el delito, sino que se amplían las mismas incluyendo ahora dicha motivación entendiéndose que, desde el punto de vista mayoritario de la Junta de Tratamiento, sigue sin transcurrir el tiempo necesario como para entender que se haya producido una evolución penitenciaria de la interna que aconseje su progresión en grado. En este sentido también se informa que se planteó a la Junta de Tratamiento un posible adelantamiento de la revisión en grado de la interna a junio de 2016, pero que dicha petición fue rechazada por entender que no estaba justificado tal adelantamiento al no apreciarse, como se ha dicho, una evolución penitenciaria suficiente, y ello en relación principalmente a aspectos como el insuficiente grado de cumplimiento en relación a la gravedad del delito, al alarma social causada o a su actitud ante el propio delito. En todo caso debe destacarse el respeto más absoluto que existe en el mantenimiento de los diferentes criterios profesionales emitidos por los miembros de la Junta de Tratamiento que en algunas ocasiones, como en este caso, muestran la existencia de criterios no necesariamente coincidentes en el ejercicio legítimo de la libre manifestación del criterio profesional de cada uno de sus componentes, ello sin perjuicio de la posible ulterior valoración que pudiera realizarse de los diferentes criterios esgrimidos en vía judicial.

Pues bien, valorando todas la circunstancias concurrentes en estos momentos, del relato de hechos anteriormente mencionados, se deduce: por un lado, que al día de hoy se mantiene la divergencia de los profesionales de la Junta de Tratamiento en cuanto a la evolución penitenciaria de la interna, y por otro, que aun cuando en el informe remitido por el

Centro Penitenciario se viene a reproducir la fundamentación del informe que se emitió con fecha 1 de junio de 2016, la realidad es, como se ha dicho, que en la notificación que se realiza a la interna, y en la que se le da cuenta exactamente de los motivos que se han valorado a fin de denegar su progresión en grado, no se incluye en esta ocasión como motivo de denegación la actitud negativa ante el delito. Dato objetivo, que a juicio de quien resuelve, en relación con las circunstancias que a continuación se expondrán, llevarán en este caso a entender que no queda suficientemente acreditado que, por el contrario que en el auto dictado con fecha 29 de junio pasado, la opinión mayoritaria de la Junta de Tratamiento deba de prevalecer en relación al nuevo y contundente informe psicológico emitido con fecha 6 de julio por el profesional correspondiente y asumido íntegramente por el Ministerio Fiscal dadas las circunstancias ahora concurrentes.

En este sentido, es relevante poner de relieve que el/la psicólogo/a del Centro Penitenciario vuelve a informar de manera contundente en el sentido de que, desde su punto de vista, procede la progresión en grado de la interna entendiendo que han de valorarse, entre otras circunstancias y motivos: a) el buen comportamiento y la colaboración de la interna con la institución a través de la participación en actividades; b) la ayuda realizada a los profesores en la alfabetización de las compañeras y contribuyendo, con la escucha activa, en la creación de un clima social positivo dentro del módulo; c) la demostración de que puede vivir en libertad sin necesidad de cometer actos delictivos como se ha quedado claro de 2003 hasta el ingreso en prisión y posteriormente, durante el disfrute de los permisos penitenciarios; d) el tiempo de condena ya cumplido, pues la concurrencia precisamente dicho tiempo cumplido, más de la mitad, y la primaria delictiva son dos variables decisivas para proponer la progresión a tercer grado y, sobre todo, que la probabilidad de reincidir en este tipo de delitos o cometer un nuevo es muy improbable desde su punto de vista como profesional.

Por lo que en definitiva, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, compartiendo en este caso el criterio del Ministerio Fiscal que defiende que procede la progresión en grado y el hecho de que la interna ya ha cumplido más de la mitad de la condena impuesta hace que se estime prudencial en estos momentos estimar el recurso y conceder la progresión en grado a la misma en la forma que se dirá pues debe considerarse que está capacitada para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Que

no olvidemos, no se trata de suspensión, condonación, indulto o cualesquiera otra institución que suponga no cumplimiento de la condena, sino que la misma se cumple en el grado adecuado a las circunstancias del interno o de la interna, que no es ni más ni menos que la aplicación a los casos concretos del principio de individualización científica en el cumplimiento de las penas.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación. SS^a dijo:

Parte dispositiva

Se estima el recurso de queja que se formula por la Procuradora de los tribunales Sra Ramírez Gómez y de la interna del Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre, D^a. M.T.Z.G., asistida de letrado, contra el acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 14 de junio de 2016, por el que se mantiene su clasificación en segundo grado penitenciario dejando el mismo sin efecto y en su lugar procede acordar la clasificación en tercer grado de tratamiento de la misma en la modalidad de vida que se estime oportuna por la Junta de Tratamiento teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y laborales de la penada y con los beneficios que ello comporta.

14.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE FECHA 25/01/16

Desestimación de recurso de apelación denegando la aplicación del régimen ordinario, conforme al artículo 78.2 del Código Penal.

Hechos

PRIMERO.- Por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Galicia-Pontevedra, y mediante auto de fecha 17 de agosto de 2015, se acordó desestimar la petición formulada por el interno H.E., de aplicación del régimen ordinario de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 78.2 del Código Penal, al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo.

SEGUNDO.- Por el mentado interno se interpuso contra la indicada resolución recurso de reforma, dictándose auto en fecha 14 de septiembre de 2015 por el que se desestimó el recurso de reforma. Por la representación procesal del penado se interpuso contra la indicada resolución recurso de apelación.

TERCERO - Una vez tramitado el recurso de apelación y, previo informe del Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación, se remitieron a esta Audiencia testimonios de particulares, a cuya presente sección correspondió por ser el Tribunal sentenciador, y tras su deliberación y votación quedaron pendientes de resolución, de la que el ponente expresa el parecer de esta Sala.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- La representación del recurrente pretende la revocación de los autos apelados al objeto de que se dicte resolución en el sentido de acordar el régimen general de cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 y 78.2 del Código Penal.

SEGUNDO.- Delimitado de tal modo el debate en la presente alzada, analizando las razones dadas por la Magistrada-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, los aducidos por el apelante y el Ministerio Fiscal y los testimonios remitidos, entiende esta Sala que debe confirmarse el auto recurrido y el auto de fecha 17 de agosto de 2015 del que aquél trae causa, por sus propios fundamentos, toda vez que son tan claros, inequívocos y correctos jurídicamente los razonamientos de las resoluciones recurridas, que procede confirmarlas por sus propios fundamentos, al considerar que los mismos están plenamente ajustados a derecho, siendo así que ninguna de las alegaciones del recurrente contenidas en el recurso de apelación desvirtúan los acertados razonamientos de los autos recurridos, a los cuales nos remitimos por considerarlos correctamente motivados y ajustados a derecho, siendo suficiente esta motivación por remisión conforme establece el Tribunal Constitucional entre otras en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 1997, que no exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que

las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de otra resolución anterior.

En efecto, téngase presente que con relación a las penas privativas de libertad, la doctrina del Tribunal Constitucional –Auto de 17 de abril de 1997– refiere que la finalidad de reeducación y reinserción social no constituye un derecho invocable en amparo constitucional, sino que es una orientación dirigida al legislador penal. Y más concretamente, el Tribunal Constitucional afirma que “la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1988 y 119/1996) y que, en particular, debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reanimación del ordenamiento jurídico”.

En este sentido, debe recordarse –Sentencia del Tribunal Supremo 924/2006, de 29 de septiembre– que “con respecto a las finalidades de la pena, el Tribunal Constitucional ha establecido que el mencionado artículo 25.2 de la Constitución Española, no contiene un derecho fundamental que permita fundamentar un recurso de amparo (últimamente Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2000), sino que tal precepto contiene un mandato dirigido al legislador y la administración penitenciaria, y en suma, que dicho precepto “no resuelve sobre el mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución Española, ni entre los posibles fines -prevención especial, retribución, reinserción, etc.-, ha optado por una concreta función de la pena”. En consecuencia, la reinserción social no es el único fin de la pena y, por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 enero, ya declaró que el artículo 25 2 de la Constitución no limita la orientación de la pena a la reinserción, permitiendo la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general.

Por nuestra parte, hemos mantenido que la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad afflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales y que justifica su misma existencia legal (Sentencia del Tribunal Supremo 1807/2001, de 30 de octubre). También hemos dicho que “la reinserción

social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente... se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el artículo 1 de la Constitución Española. De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito” (Sentencia del Tribunal Supremo 1919/2001, de 26 de octubre). Últimamente, véase nuestra Sentencia de Pleno 197/2006, de 28 de febrero, en este mismo sentido.”

Proyectando esta doctrina en el supuesto sometido a la consideración de la Sala, no debemos quedarnos en la simple contemplación del vigente apartado tercero del artículo 78 del Código Penal, que refiere que el Jefe de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, pueda acordar razonablemente, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

En el supuesto examinado, debemos examinar todas las circunstancias: en principio, aunque la documentación aportada no es particularmente extensa, sin embargo, al menos no consta que el interno no haya observado una buena conducta penitenciaria, con correcta asunción de la normativa institucional y participación en actividades programadas, todo lo cual son elementos positivos para su proceso de reinserción. Pero entendemos que los factores desfavorables que seguidamente se exponen, tienen, en estos momentos, mayor peso cualitativo, conforme pasamos a razonar.

Es de apreciar, en primer término, la extrema gravedad de los delitos por los que penado H.E. resultó condenado a una pena de sesenta y cuatro años de prisión, un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y seis delitos de detención ilegal. En segundo lugar, al hilo de lo anterior, debe considerarse la extrema peligrosidad puesta de relieve por el penado a la vista de los delitos referidos y de los hechos por los que fue condenado. En tercer lugar, que la pena a cumplir en el caso que nos ocupa, 20 años de prisión, resulta inferior a la mitad de la suma del total de las impuestas -32 años de prisión-. En cuarto lugar, no se puede obviar la extensión de la pena impuesta ponderada con el tiempo cumplido y el tiempo que aún le resta por cumplir, por cuanto el penado no ha cumplido aún las dos terceras partes de la condena, lo que tendrá lugar el día 8 de noviembre de 2016, estando previsto el cumplimiento de las tres cuartas

partes el día 9 de julio de 2018 y el cumplimiento de la totalidad de la condena el día 8 de julio de 2013. Y, finalmente, como se razona acertadamente por la Juez a quo, no concurre en el supuesto de autos el presupuesto del previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no habiendo propuesto la Junta de Tratamiento medida alguna ni emitido informe en este sentido, encontrándose el penado clasificado en segundo grado penitenciario.

De todo ello se deduce que resulta prematuro en el momento actual la concesión del régimen general de cumplimiento del penado, por cuanto el análisis en conjunto de dichos factores permite concluir que el régimen especial del artículo 78.1 del Código Penal es el que mejor se adapta a las características personales, penales y penitenciarias del interno. Y es que no debemos olvidar que, conforme a referida doctrina constitucional, la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas. Y en el momento presente, a la vista de la ponderación de todas las circunstancias expresadas, resulta procedente considerar un mayor tiempo de observación con el fin de comprobar la consolidación de factores positivos y la modificación o superación de los negativos en el interno. Por tanto, no están debidamente consolidadas las variables que justifican la concesión de régimen general de cumplimiento del penado, ponderado ello con el fin de prevención general y especial propio de la pena privativa de libertad, lo que en definitiva aboca a la desestimación del recurso, pues no se dan las condiciones para acceder a dicho régimen, circunstancias y factores concurrentes antes destacadas, siendo necesario más a más, que la pena cumpla el efecto intimidatorio y de prevención especial que le es propio.

Por todo ello se desestima la apelación.

TERCERO - De todo cuanto antecede se deriva la coincidencia plena con la decisión adoptada por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por lo que no cabe más que desestimar el recurso de apelación interpuesto, con la imposición de las costas procesales derivadas de esta alzada al apelante de acuerdo con los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por aplicación supletoria de los artículos 398 y 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil, pues todas sus pretensiones han sido rechazadas. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y observancia.

Parte dispositiva

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado H.E. contra el auto de fecha 14 de septiembre de 2015 del Juzgado Vigilancia Penitenciaria número 2 de Galicia-Pontevedra, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto por el interno contra el auto de fecha 17 de agosto de 2015, en virtud del cual, a su vez, se acordó desestimar la petición formulada por el interno H.E., de aplicación del régimen ordinario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.2 del Código Penal, al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, confirmando íntegramente dicha resolución, así como el auto de fecha 17 de agosto del que aquel trae causa, todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación.

15.- AUTO 617/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA DE FECHA 30/11/16

Desestimación de progresión a tercer grado por falta de asunción delictiva.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En Expediente Penitenciario nº 1858/16, seguido en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 7 de Andalucía, se dictó auto de fecha 20 de mayo de 2015 por el que se desestimaba el recurso del interno L. contra el Acuerdo de fecha 21/4/2016 de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto por el que se le clasificaba en segundo grado.

SEGUNDO.- Frente a dicho auto y por la representación procesal del interno se interpuso recurso de Reforma que fue desestimado por Auto de fecha 14 de septiembre de 2016 interponiendo recurso de Apelación dándose traslado del mismo al Ministerio Fiscal quien solicitó la íntegra confirmación de la resolución.

TERCERO.- Seguidamente, fueron elevadas las actuaciones a esta Audiencia, correspondiendo a la Sección Segunda de la misma, donde se formó el oportuno Rollo, registrado al nº 771/16 y se señaló el pasado día 30 de noviembre de 2016 para votación y resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Recurre la representación de la interna el Auto que acordaba la clasificación en segundo grado, alegando que tiene buena conducta, que ya ha cumplido casi la mitad de la pena, ha disfrutado de varios permisos y se encuentra preparado para la vida en libertad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento Penitenciario 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, mientras que la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Por tanto la clasificación en tercer grado de tratamiento viene determinada 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.
- e) Los recursos, facilidades y dificultades existentes en el caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Debiéndose añadir que el tercer grado es un instrumento penitenciario indispensable en un sistema penal orientado a la resocialización, por cuanto, como ha puesto de manifiesto la doctrina, mantiene las ventajas del ingreso (con la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento) sin participar de sus inconvenientes, especialmente el efecto desocializador de la prisión, permitiendo el contacto del penado con el mundo laboral y con la sociedad.

La clasificación en los diferentes grados penitenciarios , tanto la inicial, como las sucesivas, habrá de depender, por tanto, según los preceptos que se han analizado anteriormente, y que constituyen el marco legal de la actuación penitenciaria, de la apreciación de los criterios establecidos y de la modificación de “los sectores relacionados con la actividad delictiva”, entendiéndose que la pretensión del tratamiento penitenciario no es otra que la de hacer del interno una persona con la capacidad y la intención de vivir respetando la Ley Penal.

El sistema de ejecución penitenciaria permite formas bien distintas de cumplimiento de las penas privativas de libertad, lo que también influye decisivamente en la intensidad y calidad de la privación de libertad, pudiendo incluso variar la propia duración efectiva de la pena. Por ello, entendemos que es preciso resaltar la importancia capital de esta cuestión, dado que al lado de la determinación abstracta de la pena por parte del legislador, de la concreción de la misma operada por el juzgador, está la determinación de su auténtico contenido, en cuanto a intensidad e incluso duración de la pena, por parte del sistema penitenciario. Como criterios a utilizar en la individualización penitenciaria: atender a los fines primordiales previstos en la Constitución y en el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario, sin olvidar la función y límites que corresponden a la ejecución de las penas dentro del sistema global del derecho penal. De lo anterior se deriva que la individualización penitenciaria debe orientarse a la resocialización del penado en la medida en que ello sea necesario, y sin descuidar las demás exigencias de prevención general y especial ni los límites que éstas deben respetar en un Estado social y democrático de Derecho, pues no debemos olvidar que los destinatarios del funcionamiento de una norma (en este caso se trata de normas reguladoras de la ejecución de una pena) son los miembros de la sociedad en cuyo seno se ejecuta, a los que se debe proteger ante las infracciones de las normas jurídicas.

SEGUNDO.- Pues bien, revisado el expediente penitenciario encontramos con que la Junta de Tratamiento ha dado su informe de clasificación inicial del interno en segundo grado por varios motivos que nosotros hacemos propios. En primer lugar porque el interno no ha cumplido las 1/2 parte de su condena 1 año y 6 meses de prisión, que extinguiría en fecha 20/8/2017, teniendo antecedentes penales anteriores, y como factor

negativo que su marido ha cumplido pena de prisión lo que no facilitara su reinserción.

No constan méritos suficientes en el proceso clasificatorio que permitan la clasificación inicial en un grado de semilibertad pues se combate desde el inicio su clasificación en segundo grado sin que haya factores que justifiquen su progresión. Recordemos que ha iniciado el cumplimiento de su pena carcelaria en febrero de 2016

El paso a un grado penitenciario más favorable que implica de facto la semilibertad, es una posibilidad legal de extinción de penas privativas de libertad que resulta idónea cuando se dan determinadas circunstancias y se han cumplido determinados objetivos o finalidades del tratamiento penitenciario.

A la vista de todo este conjunto de circunstancias no se aprecia la superación de los factores que influyeron en su actuar delictivo y, por tanto, la capacidad para asumir el régimen de semilibertad que implica el tercer grado, conclusión a la que llegaron todos los miembros de la Junta de Tratamiento.

No debemos olvidar que el tercer grado penitenciario no es un derecho de gracia, ni un indulto atenuado, sino que es una modalidad de cumplimiento, cuando se ha progresado en otras fases iniciales, periodo de observación, de integración, de readaptación social y el último de libertad condicional.

Lo expuesto es suficiente para que apreciemos que el Juzgado de Vigilancia ha dictado una resolución abundantemente motivada, en la que se apoya en diversos elementos puestos de manifiesto en los informes penitenciarios con los que ha contado. Con ello ha dado respuesta debida al derecho a la tutela judicial efectiva que asiste al ciudadano recurrente. En dichos autos se explicitan motivos suficientes para el mantenimiento del penado en el segundo grado de tratamiento. Y es esencial que no haya asumido la comisión de los delitos por los que viene cumpliendo condena. De esta manera parece razonable el rechazo a la progresión de grado al no percibirse en el penado una evolución suficientemente favorable al régimen de semilibertad que el tercer grado supone, visto ello desde la perspectiva que exige el citado artículo 65 en su apartado segundo. Dicho de otra forma, difícil si no imposible es detectar posibilidad de reeducación y de reinserción en quien no asume la comisión de hechos que fueron objeto de su condena.

Resulta, por tanto, prematura la progresión al tercer grado, tal como razonó el Juez de Vigilancia.

TERCERO.- Declaramos las costas de oficio ex art. 239 y 240 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,
LA SALA ACUERDA:

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de L. frente al Auto de fecha 14 de septiembre de 2016 en Expediente de Vigilancia Penitenciaria nº 1858/16 procedente del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 7 de Andalucía de las que el presente Rollo dimana, y, en consecuencia, se CONFIRMA el auto apelado.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

16.- AUTO 485/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE FECHA 17/10/16

Estimación del recurso de apelación del Ministerio Fiscal y mantenimiento en segundo grado por concurrencia de factores desfavorables.

Hechos

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander, se dictó en fecha 16 de febrero de 2016, Auto por el que se acordaba estimar el recurso de queja interpuesto por el interno D. contra la resolución del Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 22 de abril de 2016, acordando su continuidad en segundo grado penitenciario.

Contra dicho Auto, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación interesando que se dejase sin efecto la citada resolución y se procediera a mantener su clasificación en segundo grado penitenciario. Recurso que ha motivado la incoación del presente rollo de Apelación.

SEGUNDO.- Oído el Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso.

Ha sido Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, que expresa el parecer de la Sala.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado en fecha 16 de febrero de 2016 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander, por el que se acordaba estimar el recurso de queja interpuesto por el interno D. contra la resolución del Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 22 de abril de 2016, acordando su continuidad en segundo grado penitenciario.

El interno en su recurso de apelación sostiene que ya ha cumplido la mitad de la condena, afirma asimismo que durante todo el tiempo que ha permanecido en el Centro, no ha recibido ningún tipo de sanción ni se le ha abierto ningún expediente, que su evolución es favorable, que ha disfrutado de 16 permisos en los tres últimos años, que ha cumplido con todas las analíticas, que ha superado las terapias de autocontrol e impulsos, de preparación de permisos de salida, el “PDL” y el de prevención de dependencias del cannabis, que ha trabajado en el Centro y ha conseguido pequeños ingresos que ha destinado al abono de la responsabilidad civil, así como que desea tener mayor contacto con su hija de 7 años. Por todo ello entiende que merece ser clasificado en tercer grado penitenciario.

SEGUNDO.- La Legislación penitenciaria, establece las condiciones mínimas que deben concurrir para que se produzca una clasificación en tercer grado, disponiendo el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que «para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento». De igual modo

el artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que: «1. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad (...».

En este sentido, los artículos 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario regulan de manera detallada los requisitos exigidos para la clasificación en grado, disponiendo el artículo 102 del Reglamento Penitenciario en su apartado 3.º 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», y en su apartado 4.º que “La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”, disponiendo el artículo 104.3, que “Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado, debiendo recordarse que dichas variables a ponderar son «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» (artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario).

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. Así pues, 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, y en tercer grado aquellos internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Por su parte, el artículo 36.2 del Código Penal establece que:

«La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del artículo 183.

d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.

3. En todo caso, el tribunal o el Juez de Vigilancia Penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy

graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad».

TERCERO.- Expuesta la regulación legal aplicable al supuesto planteado, la Sala, tras examinar detenidamente la causa, comparte plenamente la decisión adoptada en la resolución del Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 22 de abril de 2016 por la que se mantenía al interno en segundo grado penitenciario.

Y ello, por cuanto si bien concurren en el interno numerosos factores positivos que evidencian su buena evolución personal y penitenciaria, habiendo sido calificada su participación en las actividades formativas impartidas en el centro penitenciario como destacada e incluso como excelente en algunas materias es lo cierto que el penado no reúne los requisitos exigidos para la progresión a tercer grado. A tal efecto, hay que destacar que no ha abonado más que una mínima parte (810 euros) de un total de 398.921 euros.

En este sentido nos encontramos con que el penado fue ejecutoriamente condenado por esta misma Sección como autor de un delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad a la pena de 14 años y seis meses de prisión con la responsabilidad civil ya referida por importe de 398.921 euros.

En esta situación, la Sala, entiende que si bien es cierto que el penado presenta una evolución favorable, no puede olvidarse que siendo la finalidad de las penas no sólo reeducativa y de reinserción social, sino también retributiva y de prevención general y especial; y siendo la duración de las penas uno de los aspectos a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la clasificación en grado a un interno –artículo 102 Reglamento Penitenciario–, en el presente caso, atendida la gravedad del delito cometido, las elevadas penas que le fueron impuestas y el hecho de que para su total cumplimiento aún faltan casi siete años, se considera prematuro su progresión en tercer grado penitenciario, máxime cuando en el presente caso la junta de tratamiento entiende que el pronóstico de reincidencia del interno es de naturaleza “medio-alta”, estando aún lejano su licenciamiento definitivo. Todo lo expuesto, lleva a la sala a la convicción de que su progresión en grado es aún prematura no estando preparado para disfrutar del mayor grado de libertad que supone la concesión del tercer grado que interesa, entendiéndose por ello procedente mantenerle en el segundo grado penitenciario.

En estas circunstancias el mantenimiento en segundo grado es la más adecuada, ello sin perjuicio de que en las sucesivas revisiones, y a la vista de la evolución del tratamiento instaurado, dada la flexibilidad de dicha clasificación, pueda modificarse dicha clasificación si se evidenciase que el penado ha adquirido suficientes recursos que le permitan desarrollar una vida normalizada en semilibertad.

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

Parte dispositiva

La Sala ACUERDA: Estimar íntegramente el recurso de APELACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de fecha 16 de febrero de 2016, que se REVOCA y deja sin efecto, acordando por el contrario mantener al interno D. en segundo grado penitenciario, y declarando de oficio las costas de la alzada.

17.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE FECHA 14/10/16

Estimación del recurso del Ministerio Fiscal, resolviendo la clasificación inicial en segundo grado y no en tercero.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En fecha 4 de julio de 2016 se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso contra la Resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 22 de junio de 2016 que clasificaba inicialmente en 3.^{er} grado a M.H. EL A. solicitando se dejara sin efecto la clasificación en dicho grado por los motivos expuestos en el recurso.

SEGUNDO.- Transcurrido el plazo legal, el interno ha presentado alegaciones y el Ministerio Fiscal mantiene recurso.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- De acuerdo con el artículo 103.5 del Reglamento Penitenciario la resolución de clasificación inicial se notificará al interno interesado, indicándole en la notificación que, de no estar conforme con la misma, puede acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia.

El artículo 107 del Reglamento Penitenciario señala que todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción.

SEGUNDO.- Recurre el Ministerio Fiscal la decisión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificar inicialmente en 3.^{er} grado para la aplicación del artículo 89 del Código Penal, alegando que no existe norma al respecto.

Esta Juzgadora coincide con el Ministerio Fiscal, es decir, el artículo 89 del Código Penal no va dirigido al Juez de Vigilancia Penitenciaria sino al Juez o Tribunal Sentenciador, por lo que es ante este Tribunal ante quien debe alegarse el artículo 89 del Código Penal.

Efectivamente, para la aplicación de dicho artículo 89 es necesario, en determinados supuestos que el penado esté en 3.^{er} grado o en libertad condicional y dichas decisiones corresponden al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pero para la declaración de tales situaciones siguen vigentes los artículos 102 y 106 del Reglamento Penitenciario y no han sido modificados y no existe ningún precepto donde se establezca que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria está obligado a progresar o clasificar inicialmente en 3.^{er} grado a un interno para que así pueda ser expulsado por el Tribunal Sentenciador y éste pueda aplicar el artículo 89 del Código Penal. Esta Juzgadora entiende que dicho artículo 89 es imperativo después de la reforma de la LO 1/2015, pero no le compete a este Juzgado su aplicación. Pero además, se daría la paradoja que si ese 3.^{er} grado se otorgara, el interno no podría disfrutar de él puesto que estaría retenido sin aplicación de dicho grado hasta que fuera expulsado, situación que podría distar de la legalidad.

La progresión debería otorgarse, si en todo caso, el interno reuniera los requisitos para esa clasificación inicial en 3.^{er} grado, con independencia que el Centro Penitenciario solicitara posteriormente la aplicación del artículo 89 del Código Penal al órgano competente.

En el presente caso, el interno ha estado como preso preventivo, casi la totalidad de la pena impuesta. Fue condenado a 2 años y 6 meses de prisión e ingresó en prisión el 27 de mayo de 2014, pero pasó a ser condenado el 5 de mayo de 2016, por lo que ha estado más de preventivo y por lo tanto sin ningún beneficio penitenciario, que de condenado, que sólo estará 6 meses. Si atendiéramos sólo a las fechas de cumplimiento, podría proceder un 3.^{er} grado inicial, sin embargo en este caso haría falta algo más que no concurre y es el arraigo. El interno carece de interno en la isla de Lanzarote y en general en España, ya que fue ingresado en prisión a los dos días de llegar en patera, por lo que es él mismo quien también pide ser expulsado. Desconoce esta Juzgadora si existe Decreto de expulsión por parte de la Subdelegación de Gobierno, pero sería una vía también para dicha medida.

Si atendemos a la finalidad del 3.^{er} grado de poder vivir en un régimen de semilibertad, esto no es posible en este caso, ya que el penado carece de arraigo, de hábitos laborales, de familia o conocidos, por lo que el riesgo de fuga es elevadísimo y por ello la clasificación inicial en 3.^{er} grado tampoco procede por motivo distinto al artículo 89 del Código Penal.

Así pues se estima el recurso del Ministerio Fiscal y se revoca la decisión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, clasificando al penado en 2.^o grado de tratamiento.

Parte dispositiva

DISPONGO: Estimar el recurso presentado por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 22 de junio de 2016, revocándolo y clasificar inicialmente al penado en 2.^o grado de tratamiento.

18.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 19/05/16

Denegación de aplicación de vigilancia telemática.

Hechos

PRIMERO.- Que por el interno J.A.M.R. se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Junta de Tratamiento Centro de Inserción Social de Huelva que deniega la solicitud de vigilancia telemática.

SEGUNDO.- Que conferido traslado al Ministerio Fiscal éste emitió informe en el sentido de considerar procedente la desestimación de la queja.

Razonamientos jurídicos

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

SEGUNDO.- Que a la vista de los informes aportados, de la resolución del Centro de Inserción Social de no acordar el cambio de modalidad dentro del tercer grado conforme al artículo 86.4º, del Reglamento Penitenciario, con control por dispositivos telemáticos u otro mecanismo de control suficiente y del recurso del interno, procede desestimar el recurso interpuesto, en cuanto el escaso tiempo de actividad laboral (desde el 17/03/2016) y el tipo de delito cometido hacen estimar necesario, por el momento, que el control del interno se lleve a cabo directamente en el Centro de Inserción Social y no por medios telemáticos; y ello sin perjuicio, claro está, de que se acuerde por dicho Centro un horario de salidas que se ajuste al horario laboral del penado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.Sª. Acuerda

Parte dispositiva

Que procede DESESTIMAR el recurso interpuesto por el interno J.A.M.R., del Centro de Inserción Social de Huelva, contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento Centro de Inserción Social de Huelva de 20/04/2016 que deniega la solicitud de vigilancia telemática conforme al artículo 86.4 Reglamento Penitenciario.

CAPÍTULO III

COMUNICACIONES

19.-AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FE- CHA 03/06/16

Desestimación de recurso de apelación respecto a intervención de comunicaciones a interno radical por motivos religiosos.

Antecedentes de hecho

Único.- Por escrito de la letrada, en nombre del interno M.B., se interpuso recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 18.03.16 que disponía: “Que procede declarar ajustada a derecho la resolución de la Dirección del Centro Penitenciario de Huelva de fecha 8-2-16 por la que se acuerda la continuidad de la intervención de las comunicaciones familiares orales, telefónicas y escritas al interno M.B. revisable cada seis meses”.

El Ministerio Fiscal formuló escrito de impugnación.

Se admitió la apelación y se envió el procedimiento a la Audiencia Provincial Sección 3ª, designando el día 01-06-16, para deliberación, votación y fallo, que efectivamente ha tenido lugar en la fecha que encabeza la presente resolución

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- El expediente penitenciario precitado se incoó en virtud de interposición de recurso del hoy apelante contra el auto que desestimaba la reforma por la queja por él planteada por el acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario interviniendo sus comunicaciones.

SEGUNDO.- Hay que comenzar centrando la controversia en la intervención de comunicaciones acordada por el Director del Centro Penitenciario, y declarada ajustada a derecho por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y conviene significar cuál es el alcance de tal intervención.

En este punto conviene recordar que la materia de comunicaciones se regula en el artículo 51 Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que:

“1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones. En cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

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

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

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

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

De los anteriores preceptos se concluye que en cuanto al control administrativo de las comunicaciones orales, éste puede ejercerse de dos formas:

a) acordando la denegación de una comunicación oral antes que se inicie, suspendiendo una comunicación inicialmente autorizada o suspendiendo las comunicaciones autorizadas y ya iniciadas;

b) acordando, como en este caso, la intervención o control de las comunicaciones orales, escritas y telefónicas. No se extiende ni a la comunicación con abogado defensor o llamado a la defensa en causa penal, atendido el contenido del artículo 51.2 Ley Orgánica General Penitenciaria y su interpretación constitucional conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1994; ni tampoco a las comunicaciones especiales, sean familiares o íntimas que no son susceptibles por definición y por su propia naturaleza de intervención.

En conclusión, el acuerdo de intervención de comunicaciones, orales y escritas adoptado por el Director que el Juzgado considera ajustado a derecho se enmarca en este segundo supuesto, y tiene todos los requisitos exigidos para controlar determinadas comunicaciones, haciéndose referencia concreta igualmente a las razones por las que se procede a tal denegación.

TERCERA.- Seguidamente, procede examinar si existen razones de seguridad, buen orden del establecimiento, o interés del tratamiento, que confirme al artículo 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria, presupuestos éstos únicos que pueden llegar a justificar la intervención de las comunicaciones.

Examinado el expediente y específicamente el contenido de la resolución del Centro Directivo en base a la que se adopta el acuerdo de intervención de comunicaciones se constata que nos hallamos en el ámbito de un interno con precedentes de radicalismo justificado por razones religiosas, con lo que ello conlleva de riesgo para la seguridad del establecimiento, habida cuenta no ya de los fines perseguidos por las organizaciones al servicio de los mismos sino por los medios empleados, particularmente por lo que al ámbito penitenciario se refiere.

De cuanto antecede resulta que el acuerdo de intervención de comunicaciones adoptado por el Director está ampliamente justificado (y así se ha acordado en ocasiones anteriores, por ejemplo y por lo que se refiere al ámbito territorial de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en los Autos de la Audiencia Provincial de Huelva 29 de enero y 30 de junio de 1998. y 30 de marzo de 1999, todos ellos respecto de internos pertenecientes a ETA).

Por todo ello, la intervención de comunicaciones es instrumento imprescindible para detectar datos que puedan ser transmitidos al exterior y que pueden ser utilizados para atentar contra las instalaciones del establecimiento penitenciario o contra los funcionarios del mismo, o preparar una evasión, así como para detectar posibles consignas que se le puedan transmitir desde el exterior.

CUARTA.- Pero la actuación del Juzgado ha sido perfectamente respetuosa con los derechos que se garantizan a todo interno, y que han sido adecuadamente perfilados por la doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, los acuerdos de intervención de comunicaciones han sido objeto de especial atención por parte del Tribunal Constitucional, quien exige la concurrencia de una serie de requisitos para entenderlos conforme con la legalidad constitucional. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/97, citando las Sentencias del Tribunal Constitucional 207/96 y 128/97, comienza señalando que el derecho al secreto de las comunicaciones no de carácter absoluto y puede decaer por las razones citadas en el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, más arriba reproducido. Se exige asimismo resolución motivada y debidamente notificada al interno y al Juez de Vigilancia (requisitos estos que se han cumplido perfectamente como obra en las actuaciones). Por último, debe cumplirse el principio de proporcionalidad –incluyendo juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad strictu sensu–. Las razones y características antedichas del interno recurrente creemos que son más que suficientes para entender que se han cumplido todos los requisitos formales, de motivación, de notificación, así como los de fondo, para entender que el acuerdo de intervención es perfectamente ajustado a Derecho.

QUINTA.- De todo lo anterior se concluye que el acuerdo de intervención de comunicaciones orales adoptado por la dirección es ajustado a derecho en cuanto a las razones que lo determinaron, pues efectivamente viene determinado por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, y en cuanto a su forma, pues es motivado, se ha notificado al interno y se ha comunicado a la autoridad judicial competente. En cuanto al fondo de los argumentos esgrimidos hay que considerados más que suficientes a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, más arriba citada.

EL RECURSO SE DESESTIMA.

Parte dispositiva

En virtud de lo expuesto, la Sala acuerda

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el interno M.B. contra el auto de 18-03-16 dictado por la Magistrada-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Andalucía, y CONFIRMAR la indicada resolución.

VOTO PARTICULAR, que formula Florentino-Gregorio Ruiz Yamuza, conforme a lo dispuesto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nos permitimos disentir del parecer mayoritario de la Sala en sintonía con lo resuelto por este mismo Tribunal bajo ponencia de quien esto suscribe y en relación con el mismo interno, en auto de 18-03-16 dictado en el rollo de apelación 18/16 en el que se declaró indebida la intervención de las comunicaciones del mismo acordada por auto de 25-11-15.

Las consideraciones que efectuamos en aquella resolución, que a continuación transcribimos parcialmente, resultan pertinentes también en este supuesto:

“... la Sala encuentra que la actuación de la Administración Penitenciaria presenta en este caso una serie de deficiencias.

1. La motivación formal del acuerdo de 03-06-15 que se presenta estructurado como un texto dotado tanto de apoyatura fáctica como jurídica, no se corresponde con un real contenido que soporte una decisión de este calado.

a.- En primer lugar, se hace referencia a que M.B. presenta un alto grado de radicalización islamista; pero no se explica en absoluto cómo se alcanzó esta conclusión. En oficio de 27-08-75 dirigido a la Juez de Vigilancia Penitenciaria se participa a ésta que el interno está incluido en el fichero FIES en el grupo C de seguimiento en su condición de “interno musulmán radicalizado”. Pero tampoco se ofrece más explicación para ello que un comentario que M.B. realizara tras el atentado al semanario francés Charile Hebdo, diciendo que “...al profeta no se le pueden hacer dibujos. El que la hace la paga”, todo ello en un contexto de aparente complacencia por el atentado.

b. Luego, no se ofrece a la Juez de Vigilancia Penitenciaria una información suficiente y más prolija al respecto, como hubiera sido necesario, incluso con carácter reservado (puesto que no toda la información de que dispone el Centro Penitenciario ha de ser conocida por los internos mucho menos si es relativa a medida de seguridad o puede comprometer la vida o integridad de terceras personas).

2. En segundo término, las finalidades a que se pretende servir con la intervención de comunicaciones resultan algo difusas y poco tangibles.

a.- Evitar fuga de información respecto de los sistemas de seguridad, estructura y funcionamiento del centro. Es de pensar que en relación con ninguna de estas materias dispone el apelante de información sensible, cuyo acceso le debiera estar vedado; sino más bien el conocimiento ordinario de todo usuario de la prisión. Lo que conviene a los datos que pudiera manejar es material poco menos que público y notorio.

Pero además si dispusiera M.B. de tal información potencialmente peligrosa deberían estarle prohibidos las comunicaciones y contacto con todo otro interno, musulmán o no. Puesto que el nesgo de diseminación de este material en simples conversaciones de patio es inmenso, y a no ser que todos los internos musulmanes tengan por sistema restringidas las comunicaciones, podría transmitir a alguno de ellos el encargo de vehicular estos datos.

b.- En cuanto a la lucha contra la presión, captación y radicalización esencialmente de otros internos. Tales conductas, incluido el presunto envío de consignas al respecto, podrían constituir en su caso alguno de los delitos de los contemplados en los artículos 510, 572, 577 y demás concordantes del Código Penal. En consecuencia su investigación y posible persecución está encomendada a los Tribunales, debiendo la Administración dar cuenta a los mismos para que procedan a adoptar (y controlar en propia mano) las medidas oportunas al respecto.

3. Por último tampoco se razona nada al respecto de la necesaria duración de la medida que se estaría instaurando a perpetuidad ya se prolonga por un año desde el 05-03-15.

En consecuencia, considera la Sala que se debe estimar le queja, no porque la medida adoptada carezca de fundamento, lo cual aún desconocemos, sino porque dicho fundamento debe ser suficientemente expuesto

y razonado a la Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a poder adoptar la decisión procedente respecto a su confirmación o cese. Discrepa el Tribunal especialmente de lo resuelto en primera instancia, transcribiéndose literalmente en el Auto de 02-10-15 el contenido de la resolución de la Administración Penitenciaria en lugar de haberse ordenado una mayor aportación de datos y documentación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Declaramos indebidamente justificada la intervención de comunicaciones del apelante que deberá volver a adoptarse en su caso proveyendo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de información expresa y suficiente para ponderar su legalidad, acomodándose a los fines y competencias propios de la Administración Penitenciaria y con debida justificación de su duración.

Por todo lo anterior, es nuestro parecer que el recurso interpuesto por M.B. debería ser estimado, y revocado el Auto que se apela.

20.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 23/02/16

Estimación recurso de apelación respecto a comunicaciones vis a vis con allegados.

Antecedentes de hecho

PRIMERO- El día 04/11/15 en el expediente N° 604/2011-19, relativo al interno E.V.D., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria resolución en la que se desestimaba recurso de reforma contra el auto 24/09/15 en el que se denegaba queja de vis a vis con allegados.

SEGUNDO- La Procuradora, en nombre de E.V.D., interpuso recurso de apelación. Admitido a trámite el procedimiento fue remitido a este Tribunal.

TERCERO- La Sección 1ª de la Sala Penal, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución.

Fundamentos jurídicos

1.- La queja se sustenta en la negativa a que el Sr. V.D. comunique con su amiga, en calidad de allegada y en la categoría de comunicaciones íntimas que prevé el artículo 45.1 y 5 del Reglamento Penitenciario.

El auto impugnado alega que allegada es más que amiga y que para considerar, o tener por probado, que una amiga lo es debe acreditarse, aportar datos e indicios susceptibles de verificación, dice, lo que niega en el caso porque los interesados sólo comunican personalmente por locutorio.

2.- Las comunicaciones con personas del exterior, familiares y amigos, tratan de posibilitar el mantenimiento de los vínculos sociales y de limitar los efectos de la separación que conlleva la pena de prisión. También sirven a la finalidad de preparar la futura vida en sociedad del condenado, una vez que extinga la pena. En concreto, las comunicaciones con parientes y allegados permiten mantener los lazos familiares de afecto, solidaridad y apoyo mutuo, en alguna medida paliar el aislamiento y la soledad de la reclusión, neutralizar en la medida de lo posible las consecuencias no queridas de la prisionización.

Allegado es la persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza. Nada más. Es decir, un amigo querido y estimable. Sostiene el recurrente que la Sra. es una amiga íntima lo que se puede verificar por la regularidad de sus comunicaciones escritas, telefónicas y personales por locutorio desde que ingresó en prisión en julio de 2014. En su recurso aporta un certificado del Ayuntamiento de Santiago de Compostela que demuestra que ambos están empadronados en la misma vivienda desde octubre pasado y añade que ambos mantuvieron una relación sentimental que dejaron antes de entrar en prisión y han retomado posteriormente.

La intimidad como circunstancia de vida personal es una realidad que comporta un componente subjetivo; componente que las instituciones de control y de garantía deberían abstenerse de valorar una vez constatada la apariencia razonable, por la dificultad que entraña la tarea y el riesgo de error. La opinión del interesado, salvo razones de seguridad u orden público, ha de tenerse en cuenta, ya que es él quien puede

determinar quién sea su allegado o próximo, por la misma reserva de las relaciones privadas.

3.- En la resolución no se analiza la regularidad de las comunicaciones de todo tipo entre ambos, que había alegado el recluso en su queja, acompañando documentos del Centro que acreditan su interlocución personal, por correspondencia escrita y telefónica. Es un dato que unido a la circunstancia de la relación sentimental previa supone un conjunto indiciario que avala la afirmación del Sr. V.D.

Por otro lado, en el Auto no se mencionan motivos relativos a las necesidades de orden y seguridad de los establecimientos y de custodia de los internos.

Es por ello, que no hay razones para negar que la persona que va a comunicar sea allegada del condenado, por lo que debe restablecerse al Sr. E.V.D. en su derecho a las comunicaciones íntimas con ella.

En atención a lo expuesto ACUERDO:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora en nombre y representación del penado E.V.D. y declaramos el derecho de E.V.D. a las comunicaciones íntimas que le corresponden legalmente con su allegada.

21.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 28/07/16

Estimación de recurso de apelación para autorizar comunicaciones con allegados (con voto particular en contra)

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El penado A.A.S. interpuso queja ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria por la no autorización a comunicar vis a vis con H.A.L. e I.E.A. en concepto de allegados.

El día 6-4-2016 el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictó resolución en la que se desestimaba la queja de interno.

SEGUNDO.- La Letrada, en nombre del interno A.A.S., interpuso recurso de apelación, solicitando que en su lugar se estimase la queja, y se autorizase la comunicación como allegados de H.A.L e I.E.A.

Admitido a trámite el recurso, el procedimiento fue remitido a este Tribunal.

TERCERO.- La Sección 1ª de la Sala Penal, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución, de la que ha sido Ponente la Magistrada Sra. Fernández Prado.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Las visitas a los internos se encuentran reguladas en el Reglamento Penitenciario en los artículos 41 y ss. En estos preceptos se establecen:

Artículo 41. Reglas generales: Los internos tienen derecho a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial...

Artículo 42.5ª: 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 poder comunicar.

Artículo 45: Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia

1. Todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida.

2. Los Consejos de Dirección establecerán los horarios de celebración de estas visitas.

3...

4. Previa solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior

a una salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.

5. Previa solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una.

6...

La ley en ocasiones se refiere a la familia y amigos, artículo 41 Reglamento Penitenciario, mientras que en otras a la familia y allegados, artículo 45 Reglamento Penitenciario. Este concepto de allegados debe entenderse referido a un círculo de personas con las que el penado mantiene una cierta vinculación de afecto, lazos de amistad, lo que es incompatible con un número excesivo. Vinculación más estrecha que en el caso de los amigos, con un importante componente subjetivo.

Las comunicaciones con personas del exterior, familiares y amigos, tratan de posibilitar el mantenimiento de los vínculos sociales y de limitar los efectos del aislamiento que conlleva la pena de prisión. También sirven a la finalidad de preparar la futura vida en sociedad del condenado, una vez que extinga la pena. En concreto, las comunicaciones con parientes y allegados permiten mantener los lazos familiares de afecto, solidaridad y apoyo mutuo, en alguna medida paliar el aislamiento, y la soledad de la reclusión, neutralizar en la medida de lo posible las consecuencias no queridas de la prisionización.

Siguiendo los criterios establecidos por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sobre esta vinculación debe entenderse que no caben pruebas categóricas de una relación afectiva o un sentimiento. Sin embargo, sí cabe mostrar el origen de esa relación o sentimiento y constatar una mínima apariencia de realidad.

Entrando a examinar si concurre en este caso esa al menos mínima apariencia de realidad en la vinculación nos encontramos:

El Centro Penitenciario informa que:

I.E.A. ha visitado al penado 7 veces en el último año, no ha tenido correspondencia con él, y que su número de teléfono no figura entre los autorizados para comunicar con el penado.

H.A.L. ha visitado al penado 10 veces en el último año, no ha tenido correspondencia con él, y figura entre los números de teléfono, habiendo realizado 5 llamadas al mes.

La representación del penado, para justificar la estrecha relación de amistad que desde hacía años une al penado con estas dos personas, ha aportado la documentación siguiente:

Autorización del Centro Penitenciario de Picassent de 2004 en la que H.A.L. e I.E.A. ya figuraban en el listado de personas autorizadas, estando I.E.A. en el concepto de allegado (folio 61). Autorizaciones de comunicaciones ordinarias del Centro Penitenciario de Villena, Alicante II agosto de 2011 (folio 62), julio 2013 (folio 63), febrero 2015 (folio 2015), figurando en todas ellas ambos como autorizados. Autorización para comunicaciones telefónicas con los números 647554992, titularidad de H.A.L., y 650012601, titularidad de M.J.A.L., en noviembre de 2010 (folio 65). Copia del libro de familia en el que figura que M.J.A.L. es la esposa de I.E.A. (folio 68).

Nos encontramos por tanto con dos personas que desde hace años están autorizadas a visitar al penado, y precisamente uno de ellos ya fue aceptado como allegado en el año 2004. No consta el número de veces que a lo largo de estos años han visitado, pero puede estimarse representativo al dato que se ofrece: en el último año fueron 7 y 10 veces, se trata por tanto de las personas que junto con otra más le visitan. Además ambos figuran entre los números de teléfono autorizados, H.A.L., directamente, e I.E.A. a través del número del que es titular su esposa, lo que permite aceptar que él sea el usuario. Con estas visitas, que se han mantenido a lo largo de los años pese a la distancia, hay que aceptar que los lazos de amistad se han ido estrechando hasta merecer la consideración de allegados, por lo que debe estimarse el recurso interpuesto, y en su lugar acoger la queja del interno.

En atención a lo expuesto DISPONEMOS:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Letrada, en nombre del interno A.A.S., contra el auto de 06-04-2016 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, se acuerda: Estimar la queja del penado A.A.S. para que se reconozca como allegados a H.A.L., e I.E.A.

22.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 10/10/16

Estimación parcial de recurso respecto a comunicaciones con allegados.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por la Dirección de Régimen del Centro Penitenciario de Alicante, se procedió a remitir queja formulada por el Interno I.B.B., ante la negativa del Centro de permitirle comunicación como allegados de tres amigos íntimos, H.G.S.; O.A.E. y su hija M.G.S.A. para su trámite ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

SEGUNDO.- Que por dicho Juzgado Central, y previos los trámites legales procedentes, oído el Ministerio Fiscal, con fecha 25 de Noviembre de 2015 se dictó resolución por la que se acordaba “Se desestima la queja del interno I.B.B. del Centro Penitenciario de Alicante”.

TERCERO.-Seguidamente por la representación procesal del interno se formalizó recurso de apelación que asimismo fue admitido a trámite, dándose traslado al Ministerio Fiscal que se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal.

CUARTO.- A continuación recibidas las mismas por este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo, registrado al nº 0193/2016 se turnó de ponencia, se llegó a que en el día de la fecha se procediera a su deliberación y votación que fue adoptada con el siguiente contenido.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Se fundamenta el recurso interpuesto por el penado en el sentido de haber mantenido hace tiempo comunicaciones ordinarias con las personas que ahora se solicitan, manteniendo una periodicidad constante manifestando asimismo que las personas citadas son un núcleo familiar y la distancia de la residencia de los visitantes con el Centro Pe-

nitenciarlo; el auto recurrido mantiene que no cabe la consideración de allegados en aplicación a las personas solicitadas; por su parte el Ministerio Fiscal se opone al recurso en los mismos términos que la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La cuestión que nos ocupa debe valorarse en principio en orden a qué persona tiene la condición de “allegado” a la que hacen referencia los artículos 53 de la Ley Orgánica Penitenciaria y 45 del Reglamento Penitenciario, ya que no es definido de una forma clara en tales preceptos.

La primera de las normas citadas, alude a “familiares o allegados íntimos...”, mientras que el artículo 45 del Reglamento Penitenciario menciona “familiares o allegados...”, siendo ambas referidas a comunicaciones personales o vis a vis.

No se especifica cual es la calificación precisa para concretar el termino allegado a una u otra persona, por lo que en aplicación de lo previsto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/10 de 7-10-10, tal determinación habrá de realizarse acorde con el principio de proporción al que también hacen referencia las Sentencias del Tribunal Constitucional 161/97 y 136/99.

Los parámetros de proporcionalidad han de situarse entre los dos términos usados profusamente en la normativa penitenciaria, por un lado familiares y por otra, amigos.

Es decir, que en tal sentido la consideración como allegado, proporcionalmente habría de establecerse, en una persona que se corresponda con un segundo grado de parentesco (Sentencia del Tribunal Constitucional 128/13 de 3-6-13) y/o con un amigo de características especiales.

Es evidente que la mera amistad no permite la calificación de allegados sino sólo aquella que, como recoge la citada normativa pueda asemejarse a parentesco, sin llegar a lazos familiares, y sobre el que recae la obligación de acreditación de tal especialísima amistad por parte del penado, ya que lógicamente es este quien conoce tal circunstancia y no el Director del Centro Penitenciario.

En el presente caso, no concurre tal circunstancia como establece el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, ya que las propuestas como visitantes, de forma unitaria, ya que si bien el primero de ellos H.G.S.

consta según la documentación completaría facilitada por el Centro Penitenciario una continuidad en las comunicaciones ordinarias con el penado durante los dos años anteriores a la solicitud, no concurre tal circunstancia con las otras dos personas propuestas, ya que en los últimos dos años únicamente se produjeron hasta mayo de 2014 dos comunicaciones sin constancia de comunicación telefónica o por carta.

La indeterminación de la figura de allegado en la normativa citada, no puede derivar en una “puerta falsa” por la que se realicen comunicaciones no previstas en la ley y contrarias al efecto que a la pena establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/08 como consecuencia inherente a la misma.

Ello conlleva considerar a H.G.S.M. como allegado, condición que no concurre en los otros dos solicitantes considerándoles como meros amigos sin llegar a la categoría de allegado, por lo que procede mantener el auto recurrido parcialmente.

TERCERO.- Ello en base a la valoración que se hace de la relación entre penado y visitantes a la que no puede aplicarse el concepto allegado ni el de amigos íntimos, nos lleva a considerar acertado el contenido del auto recurrido por lo que procede desestimar el recurso en parte, confirmando en parte la citada resolución.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

Parte dispositiva

La Sala acuerda estimar parcialmente el recurso presentado por la representación procesal del penado I.B.B. contra el auto de 25 de noviembre de 2015 en relación con la queja interpuesta contra la decisión del Centro Penitenciario, sobre autorización de visita como allegados de la persona de H.G.S.M., y DESESTIMAR el recurso respecto de las personas llamados O.A.E. y M.G.S.A., y en su consecuencia debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS y REVOCAR la resolución citada parcialmente en los términos indicados.

23.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 29/09/16

Estimación de recurso para comunicar con un allegado.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.M.E. del Centro Penitenciario Albolote, interponiendo recurso contra la resolución de la Dirección de dicho Centro Penitenciario de no autorizar comunicaciones familiares y de allegados entre mencionado interno y su amigo A.M.M.S.

SEGUNDO.- Interesados los pertinentes informes que han sido remitidos con el contenido que obra en las actuaciones, se dio traslado de las mismas al Ministerio Fiscal que interesa la desestimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

Único.- Estudiado el contenido del recurso que interpone el interno del Centro Penitenciario de Albolote, J.M.E. y a la vista del informe emitido por el Centro y por el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en los artículos 41.1, 45.1 y 45.5 todos ellos del Reglamento Penitenciario procede la estimación del recurso.

Recorre el interno la resolución de la Dirección del Centro Penitenciario de Albolote que deniega la comunicación familiar y de allegados que, establecida en el artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario, solicita mantener con su amigo A.M.H.S.

Al respecto decir, que efectivamente y como ya señalara la Audiencia Provincial de Granada en sus autos de fecha 7 de marzo de 2003 y 26 de mayo de 2004, es al propio interno y no a la Administración Penitenciaria, al que corresponde designar aquellas personas con las que desea mantener la comunicación familiar y de allegados señalada pues, es al propio interno a quien compete calificar la relación que mantiene con las personas designadas como de íntima, equiparable a la familiar, que a los efectos de

la indicada norma permite calificar de “allegados” al objeto de permitir la celebración de la comunicación solicitada. Doctrina jurisprudencial la expuesta que se fundamenta sobre la literalidad de la norma y que es contraria a la interpretación que realiza el Centro Penitenciario y que es la ratio de la resolución que se combate pues la misma se asienta sobre la base de entender que sólo en casos especiales cabe autorizar la comunicación especial con personas que no sean familiares del penado. Extremo que es contrario a la norma que, claramente está distinguiendo entre y dando el mismo rango, familiares y allegados. (sic)

Ahora bien, igualmente señala la Audiencia en sus resoluciones, que la calificación de allegados cabe ser realizada, y no aplicada de manera puramente arbitraria, a aquellas personas de conocimiento anterior al ingreso en prisión del afectado y que las hubiere designado como tal al momento de su ingreso y además, que pueda inferirse tal condición de otros elementos, tales como la frecuencia con la que hubieran visitado al interno o el interés que hubiesen mostrado por su situación. Por ello llega a la conclusión, de que la comunicación familiar con allegados, no se sostiene en un mero automatismo pues se habrá de solicitar con persona concreta y determinada y la autoridad penitenciaria, teniendo en cuenta una serie de circunstancias que habrá de ponderar tomando en consideración las alegaciones del interno, habrá de decidir cuánto crea oportuno.

En definitiva, allegado, es toda persona próxima o cercana por parentesco, amistad, trato o confianza, siendo necesario acreditar siquiera sea de forma indiciaria, que los designados como tales reúnen tal condición formulando alegaciones respecto del origen de la relación, que sean fiables y susceptibles de ser verificadas.

En el caso analizado, el interno recurrente, ha acreditado que efectivamente existe un conocimiento entre él y A.M.H.S., el cual le ha visitado en muchísimas ocasiones acudiendo a las comunicaciones ordinarias que se regulan en el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, sin que ello haya sido negado ni puesto en tela de juicio por el Centro Penitenciario, por lo que la calificación del mismo como allegado a los efectos de la comunicación especial regulada en el artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario no es arbitraria ni caprichosa.

Este mismo juzgado ya tuvo ocasión de pronunciarse en caso sustancialmente idéntico al hoy analizado, mediante Auto de fecha 14 de septiembre

de 2012. Manifestando entonces que el sostenimiento por parte del Centro Penitenciario de la tesis de que cuando se mantienen comunicaciones con familiares, éstas excluyen las de allegados “no es acorde ni con la letra ni con el espíritu del precepto que utiliza la conjunción copulativa «y» que en modo alguno es excluyente”. Por lo tanto, se continuaba diciendo que: “la comunicación con uno o más familiares no excluye la de allegados y viceversa siendo posible la convivencia de ambas, conjunta o separadamente y siempre que en cuanto al tiempo y número de comunicaciones, se respeten las normas del Centro Penitenciario”.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación. SSª dijo:

Parte dispositiva

Que estimando el recurso de alzada interpuesto por el interno J.M.E. del Centro Penitenciario Albolote, contra la resolución del Sr. Director no autorizando la realización de comunicaciones familiares y de allegados con A.M.H.S. y dejando la misma sin efecto, debo acordar y acuerdo que se concedan tales comunicaciones especiales, con la periodicidad, y en las circunstancias que para tales comunicaciones tiene establecida el Centro Penitenciario.

24.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 21/09/16

Autorización para comunicar mediante videoconferencia con su esposa, interna en otro Centro Penitenciario.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, F.A.G.A., presenta recurso contra el acuerdo de la Dirección del Centro de fecha 21/07/16 que le deniega su solicitud de videoconferencia con su esposa

que se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Tenerife II.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la petición presentada.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- El interno presenta recurso contra el acuerdo de la Dirección del Centro de fecha 21/07/16 que le deniega su solicitud de videoconferencia con su esposa que se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Tenerife II.

La negativa del Centro a la solicitud del interno se basa en que no es un supuesto contemplado en la Circular 2/2007.

El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece: “Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas

por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

De conformidad con lo dispuesto en el indicado precepto, el recurso presentado por el interno ha de prosperar, considerando que no se aprecian en su solicitud la concurrencia de ninguna de las restricciones legalmente establecidas, y el hecho de que no sea un supuesto previsto expresamente en la Circular 2/2007 en modo alguno justifica la negativa a la celebración de la comunicación interesada.

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

Parte dispositiva

SE ESTIMA la queja presentada por F.A.G.A., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente, debiendo de adoptar la Dirección del Centro Penitenciario las medidas oportunas para que se puedan llevar a cabo comunicaciones por videoconferencia del interno con su esposa.

25.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 28/09/16

Denegación de comunicación extraordinaria mediante videoconferencia.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, F.A.G.A., presenta petición para celebrar una comunicación extraordinaria por videoconferencia con su esposa al haber fallecido su hijastro.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en sentido de interesar la estimación de la queja presentada.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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 el 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 les 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.

SEGUNDO.- El interno presenta petición para celebrar una comunicación extraordinaria por videoconferencia con su esposa al haber fallecido su hijastro.

En expediente de este Juzgado seguido con el nº PYQ 179/16 se estima la petición del interno de comunicar con su esposa por videoconferencia, sin embargo, estas comunicaciones se llevaran a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 45 del Reglamento Penitenciario, preceptos que no contemplan la existencia de motivos que justifiquen la celebración de comunicaciones extraordinarias, en consecuencia, su petición no puede prosperar.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la petición formulada por F.A.G.A. por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

26.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 12/01/16

Autorización para tener las comunicaciones familiares conjuntamente con su esposa, interna en el mismo centro (con voto particular en contra).

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El día 6/10/15 en el expediente N° 188/2003-31, relativo al interno A.F.G., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria resolución en la que se denegaba el recurso de reforma contra auto de fecha 1/09/15 por el que se desestimaba la queja del interno sobre comunicación con familiares.

SEGUNDO.- El letrado, en nombre de A.F.G., interpuso recurso de apelación. Admitido a trámite el procedimiento fue remitido a este Tribunal.

TERCERO.- La Sección 1ª de la Sala Penal, tras deliberar, ha acordado dictar la presenta resolución.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- La queja del interno se refería a la posibilidad de comunicar con sus familiares –sus tres sobrinas y sus dos cuñados– que se desplazaban juntos hasta el Centro Penitenciario de Jaén en el mismo día mediante comunicación especial (máximo cuatro personas, además del interno) y con el quinto, individualmente, por locutorio. Proponía como alternativa que se le permitieran comunicaciones familiares de manera conjunta con su esposa, también presa en el mismo establecimiento. La primera cuestión fue desestimada en el auto impugnado de 1-9-2015 con el argumento de que la Dirección del Centro establece los horarios de las diferentes actividades en el marco de sus competencias y que no se había producido vulneración del derecho a las comunicaciones. Sobre la pretensión de comunicar juntos los dos cónyuges presos en la misma sala se denegó, acogiéndose el criterio del Director, porque “tanto el interno como su esposa tienen las comunicacio-

nes intervenidas y dicha intervención es individual, por lo que deben comunicar en locutorios individualmente por eficiencia y eficacia en las tareas de intervención de las comunicaciones”. El recurso se centra en esta segunda cuestión: considera que los reclusos tienen derecho a dos comunicaciones orales como mínimo a la semana (de 20 minutos, que se podrán acumular en una sola visita semanal, según el artículo 42 del Reglamento penitenciario) y además los cónyuges internos en el mismo centro disfrutarán de idénticas comunicaciones en el número que señale la normativa general (con cita de la Circular 4/2005). En apoyo de la conveniencia de la comunicación conjunta de los cónyuges presos con sus familiares alega la distancia con el domicilio familiar y el artículo 42.4 del Reglamento Penitenciario.

SEGUNDO.- Uno de los principios del cumplimiento de las penas privativas de libertad afirma que el interno es sujeto de derechos y no está excluido de la sociedad, de ahí que deba reducirse al máximo los efectos nocivos del internamiento favoreciendo para ello los vínculos sociales (artículo 3.3 del Reglamento Penitenciario). El artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria enuncia el derecho del interno a comunicar, sometido a autorización, como medio para fomentar la vida familiar y las relaciones personales, neutralizar el aislamiento y las consecuencias de la prisionización y promover la resocialización (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; regla 37). Un derecho que el Tribunal Constitucional configuró en su primera doctrina como manifestación de la libertad, así Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1987, que se desarrolla en el Reglamento mediante la fórmula de comunicaciones orales, escritas, íntimas, familiares y de convivencia, que se relacionan con el libre desarrollo de la personalidad y el mantenimiento de la vida familiar. Las comunicaciones entre parientes –ya sean las denominadas orales, que disciplina el artículo 42 del Reglamento, o las llamadas familiares del artículo 45 de esta norma–, permiten mantener y fomentar los vínculos de afecto, apoyo y solidaridad del grupo familiar, siendo esenciales para reducir los efectos de la prisionización. La restricción de tales comunicaciones solo se podrá justificar en razones de seguridad y de buen orden del establecimiento (artículo 51.1 de la Ley Penitenciaria). La diferencia entre ambas modalidades de comunicación con familiares es que las especiales están destinadas a reclusos que no disfruten de permisos y tienen lugar en salas especiales en lugar de locutorios, destinados estos para las comunicaciones orales.

Nuestro sistema opera bajo el principio de vigencia de los derechos fundamentales de condenados y presos en cuanto no estuvieren expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria (artículo 25.2 de la Constitución) pero en todo caso tendrá derecho al desarrollo integral de su personalidad. No se puede negar la vinculación estrecha con tal derecho de la relación entre los cónyuges y, cuando ambos estuviesen presos, con sus familiares de manera conjunta. Es más, según la Ley general penitenciaria afirma en su artículo 3, la actividad penitenciaria se desarrollará respetando la personalidad humana y los derechos e intereses de las personas no afectados por la condena. La comunicación con el cónyuge y con el reato de la familia debe contemplarse como un derecho asociado al desarrollo de la personalidad humana o, cuando menos, un interés jurídico que el ordenamiento protege y fomenta, como básico para el respeto de la dignidad de la persona.

TERCERO.- El auto impugnado argumentar que la intervención de las comunicaciones del recurrente, y de su esposa, es individual. Pero ese rasgo es común a toda restricción de derechos, por imperativo constitucional. De ahí solo se sigue que la injerencia estatal ha de atender a las circunstancias personales del recluso y no puede afectar a un grupo de personas. La debida individualización de la injerencia en al secreto de las comunicaciones no significa que “debe comunicar en locutorios individualmente” y no puedan comunicarse con sus familiares en la modalidad de encuentros los dos cónyuges en el mismo acto.

La comunicación conjunta mantiene las relaciones familiares, que es uno de los objetivos de la institución. La ley no impide esa forma de desarrollar el encuentro. Al contrario, el régimen de vida en prisión ha de tomar como marco de referencia la vida en libertad y favorecer los vínculos familiares y sociales (artículo 3.3 del Reglamento penitenciario, ya citado). La Administración ha de velar, particularmente, por el mantenimiento y la mejora de las relaciones entre al preso y su familia (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, apartado 79, Consejo Económico y Social, resoluciones 663C (XXIV) de 31 julio 1957 y 2076 (LXII) de 13 mayo 1977), porque, como establece la Ley penitenciaria en su artículo 59.2, el tratamiento pretende hacer del interno una persona capacitada para vivir sin vulnerar la ley penal, a ese fin se intentará desarrollar una actividad que propicie el respeto a uno mismo y la responsabilidad individual y social con relación a su familia. Además, la comunicación

conjunta do los esposos presos con sus familiares reduce los problemas que plantea la distancia al domicilio familiar, dato que contempla el artículo 42.4 del Reglamento cuando establece que las dificultades en los desplazamientos de los familiares se tendrán en cuenta para la organización de las visitas.

No hay inconveniente alguno para que los dos cónyuges presos compartan la comunicación familiar del artículo 45.3 del Reglamento penitenciario. Tampoco supone un problema desde la perspectiva de la intervención de las comunicaciones acordadas respecto a ambos ya que la presencia en el mismo espacio de una persona mas no significa merma de la “eficacia y eficiencia” de la injerencia. No se mencionan razones de orden o de seguridad que podrían determinar una limitación o restricción de dichas comunicaciones conjuntas.

Ha de advertirse la importancia estratégica de las comunicaciones familiares o especiales, porque van dirigidas a los condenados que no salen de permiso y les permite un contacto personal más intenso con expresión de los afectos que requieren de contacto físico.

CUARTO.- Por ello, se va a estimar el recurso solicitando reconociendo al interno el derecho a comunicar con sus familiares de manera conjunta con su cónyuge también presa en el mismo establecimiento.

En atención a lo expuesto;

Acuerdo:

Estimamos el recurso de A.F.G. declarando su derecho a disfrutar de las comunicaciones familiares que se autoricen conjuntamente con su cónyuge también reclusa en el mismo centro de Jaén II.

Voto Particular.

Que formula el Magistrado N.P.P., con carácter discrepante respecto del auto emitido con fecha 12 de enero de 2016 en el Rollo de apelación 994/2013, dimanante del Expediente 188/03 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

A.- En cuanto a los antecedentes de hecho que se indican en la resolución, con cuyo contenido jurídico se discrepa, estimamos, que nada afectan a la discrepancia citada, al referirse únicamente a datos de actuaciones procesales, sin comentarlo alguno.

B.- I.- Comenzamos exponiendo que se discrepa respecto de la resolución citada en cuanto a su fundamentación y al alcance de su parte dispositiva, lo que relacionaremos por separado.

II.- Discrepo del parecer mayoritario, con los debidos respetos al Tribunal, por considerar que la pena impuesta en sentencia penal dictada en un proceso seguido con respeto a la publicidad, oralidad y contradicción, es la consecuencia lógica de la aplicación de la respuesta social y democráticamente fijada ante las actitudes de conductas vulneradoras de la misma.

No cabe, en base al principio de *nulla poena sine previa lege penale*, la imposición de una pena sin la existencia de una Ley previa que la imponga, lo que únicamente tiene lugar en el marco de un proceso seguido con todas las garantías citadas y en el que el sujeto de la condena y de la pena subsiguiente se haya podido defender con todas las armas legales pertinentes.

La pena por tanto es una consecuencia lógica, de una conducta infractora de la Ley, asumida voluntariamente por el agente condenado, que del mismo modo que asume la realización de tal conducta infractora, asume las consecuencias de la misma.

Sostengo que habrá de estarse al examen de las características de la visita en orden a los principios rectores de la condena, sin que se pueda afirmar como se coliga de la fundamentación mayoritaria, que todo contacto familiar es positivo, ya que lo importante, no es que sea positivo para el interno sólo en lo personal, sino también en cuanto sea apoyo para su reinserción y rehabilitación.

Y decimos esto en el marco del examen de la fundamentación generalista de la mayoría, porque es común en este tipo de delitos, relacionado con la actuación de bandas terroristas y su entorno, tal reeducación y reinserción no se culminan, ni en el momento del cumplimiento total de la pena.

Esta es una realidad con la que nos encontramos a diario, y por eso entiendo que debe profundizarse en el examen y estudio de los efectos de dichas visitas en el proceso de orientación.

La regulación internacional que cita el fundamento cuarto de la mayoría, sin perjuicio de que abunde en la orientación de la pena que venimos diciendo, debe ser entendida desde el prisma del delito cometido y de la excepcionalidad de las normas penales en materia contraterrorista, que ha dado lugar a numerosas regulaciones de carácter Internacional con esta especialidad.

Por ello, y entendiendo de que no cabe un planteamiento como el que realiza la mayoría, dicho esto con los debidos respetos a la misma, en el sentido de que las comunicaciones familiares no pueden ser atendidas por la Administración Penitenciaria en cualquier caso, sino que habrá de estarse a la vinculación de la misma y efectos en la orientación de la pena.

III.- En segundo lugar he de manifestar mi discrepancia con el contenido de la resolución que nos ocupa, en cuanto a que la misma en su parte dispositiva si bien establece el derecho de las comunicaciones conjuntas del solicitante y su esposa, internos en el mismo centro, lo que suscribo en cuanto al derecho, por el contrario no dice nada sobre las facultades de disposición que correspondan a la Administración Penitenciaria.

Tanto el artículo 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, como los artículos 41 y ss. del Reglamento Penitenciario establecen el derecho de comunicación de los internos, pero no de carácter absoluto, sino con limitaciones en orden a la seguridad, el interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Dichas razones deberán ser ponderadas y motivadas por la Autoridad Penitenciaria, para en su caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y el Tribunal de Apelación, puedan dirimir si la medida adoptada por dicha Autoridad es o no vulneradora de derechos del interno, facultad que si compete a la Autoridad Judicial.

Nada se dice al respecto en el auto que nos ocupa. Es correcto según mi entender y suscribo el reconocimiento del derecho, pero no de forma ilimitada, sino con los límites indicados, los cuales son de aplicación a este tipo de situaciones por venir recogidos en Ley Orgánica.

Es por ello por lo que de conformidad con la normativa citada se establece por mi parte un criterio distinto en cuanto al contenido de la fundamentación del parecer mayoritario, y en este sentido, conllevando una

solución contraria a la adoptada en cuanto al no reconocimiento de la facultad de la Administración Penitenciaria de limitación del derecho de comunicación conjunta, considero procedente hacer patentes las discrepancias que anteceden, con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, en cuanto al fondo y en cuanto a la parte dispositiva por incompleta, emito este voto en Madrid, a 13 de enero de 2016.

27.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/12/16

Estimación de queja de interna para comunicar junto a su marido, también interno del mismo centro, con familiares.

Hechos

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito de la interna A.G.M. del Centro Penitenciario Murcia II formulando queja en solicitud de celebración de las comunicaciones por locutorios de manera conjunta con su marido, preso en el mismo Establecimiento.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por la interna A.G.M. en solicitud de celebración, de las comunicaciones por locutorios de manera conjunta con su marido, preso en el mismo Establecimiento, y no obstante el criterio mantenido por este Juzgado en anteriores resoluciones, se trata de cuestión sobre la que expresamente se ha pronunciado la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en auto de fecha 12-01-16 dictado en relación a expediente 188/03 0031 (RAP 822/15), en sentido favorable a la comunicación conjunta solicitada.

Así se señala que la comunicación conjunta mantiene las relaciones familiares, que es uno de los objetivos de la institución. La ley no impide esa forma de desarrollar el encuentro. Al contrario, el régimen de vida en prisión ha de tomar como marco de referencia la vida en libertad y favorecer los vínculos familiares y sociales (artículo 3.3 del Reglamento penitenciario, ya citado). La Administración ha de velar, particularmente, por el mantenimiento y la mejora de las relaciones entre el preso y su familia (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, apartado 79, Consejo Económico y Social, resoluciones 663C (XXIV) de 31 julio 1957 y 2076 (LXII) de 13 mayo 1977), porque, como establece la Ley Penitenciaria en su artículo 59.2, el tratamiento pretende hacer del interno una persona capacitada para vivir sin vulnerar la ley penal, a ese fin se intentará desarrollar una actividad que propicie el respeto a uno mismo y la responsabilidad individual y social con relación a su familia. Además, la comunicación conjunta de los esposos presos con sus familiares reduce los problemas que plantea la distancia al domicilio familiar, dato que contempla el artículo 42.4 del Reglamento cuando establece que las dificultades de los desplazamientos de los familiares se tendrán en cuenta para la organización de las visitas.

No hay inconveniente alguno para que los dos cónyuges presos compartan la comunicación familiar del artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario. Tampoco supone un problema desde la perspectiva de la intervención de las comunicaciones acordadas respecto a ambos, ya que la presencia en el mismo espacio de una persona más no significa merma de la “eficacia o eficiencia” de la injerencia. No se mencionan razones de orden o de seguridad que podrían determinar una limitación o restricción de dichas comunicaciones conjuntas”.

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

Parte dispositiva

Se estima la queja de la interna A.G.M. del Centro Penitenciario de Murcia II, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

28.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 02/01/17

Desestimación de queja sobre limitación de llamadas telefónicas

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno X.G.V. del Centro Penitenciario Ocaña I formulando queja sobre limitación del número de llamadas telefónicas semanales a un máximo de 8.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno X.G.V. sobre limitación del número de llamadas telefónicas se-

manales a un máximo de 8, y visto lo dispuesto en los artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el artículo 47.4 del Reglamento Penitenciario, la Instrucción 4/2005 modificada en dicho punto por la Orden de Servicio de la Secretaria General de IIPP, de 14 de abril de 2008, procede su desestimación, pues el Reglamento Penitenciario establece un máximo de 5 llamadas semanales, y, sin embargo, la citada Orden duplica dicho número , permitiendo 10 llamadas semanales, a excepción de los internos con las comunicaciones intervenidas, como es el caso, en que se fija en un máximo de 8 llamadas semanales; limitación que obedece, precisamente, a la necesidad de efectuar el preceptivo control sobre el contenido de dichas comunicaciones intervenidas, por motivos de seguridad.

En definitiva, superándose el límite de 5 llamadas/semana regulado en el Reglamento Penitenciario, y siendo razonable la limitación a 8 llamadas/semana en relación a los internos sometidos a intervención de comunicaciones que precisan un mayor control, no se objetiva vulneración alguna del derecho del interno a las comunicaciones telefónicas.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno X.G.V. del Centro Penitenciarle Ocaña I.

29.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 27/04/16

Desestimación de queja sobre autorización de ampliación de llamadas telefónicas a familiares.

Antecedentes de hecho

1.- El pasado 30/10/2015, en el expediente reseñado relativo al interno O.G.S., fue dictado auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitencia-

ria, en el cual se denegaba autorización para realizar dos llamadas telefónicas al mes por cada uno de los familiares que tiene presos.

2.- Por letrada, se interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quién interesó su desestimación.

3.- Seguidamente fueron 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.

Fundamentos de Derecho

1.- La cuestión que dio lugar a la queja del interno es la interpretación que cabe darse a la Instrucción 4/2005 de 16/05/05 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que en el apartado 7.2 se refiere a las conversaciones telefónicas que se efectúan entre internos de distintos centros penitenciarios. El número de llamadas que podrá realizar o recibir cada interno, dice el precepto, será de dos al mes.

El auto recurrido entiende que los dos días a los que se refiere el precepto lo son con independencia del número de familiares presos que tenga el interno. Por el contrario, el recurrente considera que tiene derecho a comunicar telefónicamente dos veces al mes con cada familiar que tenga preso en otro Centro Penitenciario.

2.- Una interpretación sistemática de la norma lleva la conclusión mantenida por la resolución recurrida. El número de comunicaciones orales o familiares que establece la instrucción, en consonancia con lo previsto por el Reglamento Penitenciario, en ningún caso se hace depender del número de amigos o familiares. Así sucede con el número de llamadas telefónicas, pues se establece un máximo de cinco llamadas con independencia del número de amigos o familiares (artículo 7.1). Igualmente se establece una comunicación familiar al mes con independencia del número de familiares (artículo 3.1); y otro tanto sucede con las comunicaciones de convivencia (artículo 3.2). El número de comunicaciones que pueden realizarse en todos estos casos lo son con independencia del número de familiares del interno, y este mismo criterio es el que debe seguirse con respecto al número de llamadas previstas con familiares internos en otros centros, que

son las dos establecidas en la Instrucción con independencia del número de familiares internos.

En atención a todo lo expuesto.

Parte dispositiva

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de O.G.S., contra el auto de fecha 30/10/2015, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el expediente número 363/2003-7.

30.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 19/10/16

Estimación de queja sobre límite de llamadas al abogado.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El día 13/06/2016, en el expediente n° 604/2011-22, relativo al interno E.V.D., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria resolución en la que se desestimaba la queja del interno sobre el cómputo de llamadas a su abogado dentro del cupo semanal de ocho que le corresponden, recurrido en reforma fue desestimado por auto de fecha 21/07/2016.

SEGUNDO.- La representación procesal, en nombre del penado, interpuso recurso de apelación. Admitido a trámite el procedimiento fue remitido a este Tribunal.

TERCERO.- La Sección 1ª de la Sala Penal, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución.

Fundamentos jurídicos

I.- El interno acudió a la Magistrada-Juez Central de Vigilancia Penitenciaria solicitando amparo frente a la decisión de la dirección del Centro

de Ocaña I de limitarle las comunicaciones telefónicas con su abogado al cupo semanal de 8 llamadas asignadas. La resolución judicial que se impugna denegó la queja del recluso acogiendo la argumentación que había ofrecido el director: el artículo 47 del Reglamento Penitenciario no excluye las llamadas con el abogado del máximo autorizado en cómputo semanal.

2.- La decisión judicial da un mismo tratamiento a las comunicaciones de la persona privada de libertad con su abogado y con sus familiares y amigos, lo que no parece plausible desde la racionalidad constitucional. Porque el recluso al relacionarse con su abogado -ya se encuentre preventivo y pendiente de juicio, ya cumpliendo una pena de prisión- está ejerciendo el derecho a la defensa que establece el artículo 24 de la Constitución, que en su artículo 25.2 proclama que el condenado a pena de prisión gozará de todos los derechos fundamentales salvo aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido de la sentencia, el sentido de la pena y la ley.

La Ley Penitenciaria regula en su artículo 51.2 de manera distinta y separada las comunicaciones con el abogado defensor y con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales; que se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo en los casos de terrorismo con autorización judicial (artículo 48.3 del Reglamento).

Por lo tanto, el punto de partida para analizar el caso es la dimensión constitucional que tienen las comunicaciones del preso con su abogado defensor, algo que se omite en la resolución recurrida. No parece necesario recordar “la peculiar transcendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla”, como dijo la sentencia del Tribunal Constitucional 50/1998. La reclusión y sus consecuencias, entre ellas el aislamiento, requieren con mayor rigor que la persona presa sea asesorada y acompañada por su abogado.

3.- No se debe incluir en el cupo máximo de llamadas telefónicas que puede hacer un recluso las que dirige a su abogado sin producir una intromisión en su derecho a la defensa, una restricción a su ejercicio. Algo que precisa, en primer lugar, de la habilitación legal, ya que nada dice,

ni puede decir, al respecto una decisión judicial, salvo incomunicación temporal (artículos 25.2 y 53.1 de la Constitución). No hay cobertura en la ley para limitar el número de llamadas que el recluso puede hacer a su abogado asimilándolas a las comunicaciones con familiares y amigos, que tienen otra finalidad y dimensión constitucional. Es más, cuando la ley se ha ocupado de las comunicaciones del interno con su letrado les ha dado un tratamiento singular, diferenciado, en atención al derecho fundamental al que sirven como instrumento. No puede entenderse que el Reglamento Penitenciario limita la relación del recluso con su letrado más allá de la ley, cuando establece en el apartado 4 del artículo 47 determinadas restricciones para el buen orden y funcionamiento del establecimiento.

Pero no sólo falta esa premisa, en la práctica resulta imposible determinar, sin afectar el derecho, un límite cuantitativo a la relación del preso con su abogado, ya que la necesidad dependerá de la fase del proceso –la proximidad del juicio tiene concretos requerimientos o la formalización de un recurso–, del incidente concreto en la ejecución, de la importancia del asunto (por ejemplo, para preparar este recurso). Y para todo ello es imprescindible hacer posible la relación con el profesional, facilitando las condiciones para que lo defensa sea de calidad. Máxime; cuando como se dice en el Auto, se implantó un nuevo sistema de gestión de llamadas telefónicas y se aumentó considerablemente el número de cabinas en el Centro, es decir que no hay problema de medios ni de seguridad. De aceptarse la interpretación de la norma que se realiza en el Auto recurrido, la necesidad de comunicaciones con el abogado podría dejar sin espacio a las conversaciones telefónicas con familiares, o el recluso deberla optar por unas u otras con sacrificio de su derecho a la defensa, lo que no legitima un uso abusivo de su facultad de relacionarse con el letrado.

4.- Como criterio de comparación para no aceptar una interpretación que restringe el derecho de defensa sin cobertura legal, puede acudirse a la regulación de las comunicaciones ordinarias con letrados, que se desarrollan con contacto físico en un espacio adecuado para ello, locutorios especiales donde el control solo puede ejercerse de modo visual. Respecto a estas comunicaciones no se contempla restricción alguna de tiempo (artículo 48 Reglamento). Es más, la Instrucción 1/2005 de Instituciones Penitenciarias sobre comunicaciones de los internos posibilita el encuentro

con abogados que se personen en el Centro sin tener asignada hora de comunicación siempre que existan locutorios vacíos; pero incluso si no hay locutorios libres se podrá celebrar la entrevista una vez haya disponibilidad dentro del horario establecido.

5.- En respeto al derecho de defensa procede estimar el recurso del interno para salvar las comunicaciones telefónicas con su abogado defensor y letrado encargado del caso de que se trate del límite máximo que se contempla para las que dirija a familiares, amigos y otras personas.

Por lo expuesto,

Acuerdo:

Estimar el recurso formulado por la representación E.V.D., se deja sin efecto el auto de fecha 13/06/2016, y se reconoce al recluso su derecho a comunicar telefónicamente con su abogado defensor sin que las llamadas se incluyan en el cupo máximo semanal de las que puede dirigir a familiares, amigos y otras personas.

**31.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA
DE BURGOS DE FECHA 21/09/16**

Desestimación de queja respecto a número de comunicaciones con un amigo.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, A.J.M.G., presenta petición para poder comunicar con su amigo J.P.B. dos veces al mes, considerando injustificada la decisión del Centro de permitírsele una sola vez al mes.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la petición presentada.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- El interno formula petición para poder comunicar con su amigo J.P.B. dos veces al mes, considerando injustificada la decisión del Centro de permitírsele una sola vez al mes.

Del análisis de la documentación que obra en autos resulta que el interno comunicó en fecha 12/06/16 con su amigo, previa autorización del Director, autorización que no tiene carácter permanente sino que se produce previa solicitud del interno, por tanto, cuando quiera tener la comunicación deberá de cursar la instancia que el centro le facilite y seguir el procedimiento que se le indique. No apreciándose abuso en la actuación de la Administración, la petición del interno no puede prosperar.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la petición del interno A.J.M.G., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

32.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE JAÉN DE FECHA 01/09/16

Autorización de comunicación de convivencia con su hijo y pareja.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno R.L.V. del Centro Penitenciario Jaén formulando queja sobre comunicaciones de convivencia con su hijo y pareja.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de oponerse la misma.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Hay que partir del dato evidente que si existe derecho de visitas del hijo es porque la interna no se haya privada de dicha posibilidad y que durante el tiempo que puede ejercer ese derecho de visitas la madre es soberana para decidir con quien se relaciona el hijo, como sucedería en libertad, salvo que existiera alguna restricción impuesta sobre la pareja de la interna, que no consta ni se informa que exista, con lo que la simple voluntad del otro progenitor no es suficiente para denegar que el hijo se relacione con quien la madre quiera cuando las visitas se desarrollen, como sucederá cuando la madre salga de prisión si sigue manteniendo su derecho de visitas. Visto esto, la norma que regula las comunicaciones no indica que la visita se haga por los hijos comunes de interno y su pareja, sólo dice que puede asistir la pareja y los hijos del interno, por lo que no existe una prohibición expresa de asistencia de hijos no comunes para la pareja y la interna y no estando prohibida dicha circunstancia es por lo que se debe apreciar que la visita puede tener lugar como lo solicita la interna.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a

Parte dispositiva

Se estima la queja del interno R.L.V. del Centro Penitenciario Jaén pudiendo realizar la visita de convivencia su hijo con su actual pareja.

33.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 29/09/16

Desestimación de queja sobre autorización de comunicaciones familiares solo con su esposa.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, J.S.G., presenta queja porque en el Centro no le permiten celebrar comunicaciones vis a vis familiares solo con su esposa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la petición presentada.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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 el 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 aquellos.

SEGUNDO.- El interno presenta queja porque en el Centro no le permiten celebrar comunicaciones vis a vis familiares, solo con su esposa. La negativa del Centro a la solicitud del interno se funda en que pretende tener dos comunicaciones íntimas al mes cuando en el artículo 45.4 del Reglamento Penitenciario se establece que “se concederá una comunicación íntima al mes....”

El artículo 45 del Reglamento Penitenciario diferencia las comunicaciones íntimas (artículo 45.4) de las familiares (artículo 45.5) ambas se desarrollan en locales diferentes del centro y persiguen distinta finalidad, con las primeras se pretende facilitar la relación afectiva y sexual entre cónyuges o parejas establecidas, y las segundas desarrollar las relaciones familiares, evitando, en ambos casos, los efectos nocivos la reclusión, razón por la que la negativa del Centro a permitir que el interno celebre dos vis a vis mensuales sólo con su mujer, uno íntimo y otro familiar, se estima ajustada derecho.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la petición del interno J.S.G., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

34.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 11/05/16

Desestimación de queja sobre anulación de teléfono anteriormente autorizado.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito de la interna A.B.E.G. del Centro Penitenciario Córdoba formulando queja por no au-

torización o anulación de número telefónico anteriormente autorizado correspondiente a G.A.G.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por la interna A.B.E.G. por no autorización o anulación de número telefónico anteriormente autorizado correspondiente a G.A.G., y visto lo informado por el Centro Penitenciario de Córdoba, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues se señala lo siguiente:

- Que el número de teléfono en cuestión correspondía a L.A.G., la cual no está acreditada como familiar ni se encuentra en el listado de 10 amigos autorizados a comunicar durante el semestre actual.

Con respecto a la no correspondencia entre el mencionado número y su titular, la interna no ha presentado en el Centro ningún contrato de titularidad con la intención de subsanar el supuesto error. Además en el caso que acreditara que el titular del mismo corresponde con G.A.G., el teléfono tampoco sería autorizado de forma permanente dado que no está acreditado como familiar ni se encuentra en el listado de 10 amigos autorizados a comunicar durante el presente semestre.

- Que no obstante, en el caso de que la interna tuviera que comunicar un asunto importante a personas distintas de las ya autorizadas, la Directora del Establecimiento en virtud de lo establecido en el artículo 47.1 del Reglamento Penitenciario podrá autorizar en su caso, la comunicación.

Por último, procede señalar que tratándose de interna perteneciente a Banda Armada es necesario llevar un exhaustivo control de las llamadas de los comunicantes, con el fin de evitar el posible mal uso que puedan hacer de las mismas y para poder detectar la posible transmisión de datos o noticias que puedan afectar a la Seguridad del Centro o de sus trabajadores e incluso distribución de consignas para la comisión de nuevos delitos.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa 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 (artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

Parte dispositiva

Se desestima la queja de la interno A.B.E.G. del Centro Penitenciario Córdoba.

35.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 17/10/16

Sanción procedente por solicitar comunicar con un amigo, cuando en realidad era sólo un periodista.

Hechos

PRIMERO.- El presente expediente se incoó en base al recurso formulado por el interno A.C.V., contra acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Córdoba, recaído en el E.D. nº 500/2016- 1401 y recabados los antecedentes al Centro Penitenciario, y remitido el expediente al Fiscal, por éste se informa según consta en autos.

SEGUNDO.- El interno durante el mes de abril solicitó al centro la autorización de una comunicación oral con un amigo llamado J.R.S., al

amparo del artículo 42.5 del Reglamento Penitenciario, siendo la solicitud autorizada por la Subdirección de Seguridad el 25-04-2016.

El interno mantuvo la comunicación con J.R.S. el 04-06-2016 entre las 18 y 18:40 horas, siendo aquel no un amigo, sino un periodista del periódico digital “El diario.es” y fruto de la entrevista se publicó un artículo en el referido medio.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Proclama la doctrina del Tribunal Constitucional que en materia disciplinaria, los partes de los funcionarios de servicio constituyen prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la cual gozan los internos en el ámbito sancionador administrativo-penitenciario (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/87 de 2.12.87). Elemento de prueba inculpatario que puede ser desvirtuado por la actividad probatoria del interno, a la cual tiene derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 297/93 y 97/95 entre otras), siendo aplicables por tanto a estos procedimientos las mismas garantías previstas en materia sancionadora en el resto del Ordenamiento Jurídico español. Si bien dicha actividad probatoria ha de desplegarse durante la fase de instrucción, no siendo admisible el proponer pruebas durante la fase de impugnación ante el Juzgado de Vigilancia, salvo en aquellos concretos supuestos de pruebas que propuestas en dicho periodo, fueran indebidamente rechazadas por el instructor o no se practicaran una vez admitidas, o simplemente no se practicaran silenciando el instructor todo pronunciamiento sobre las mismas (Sentencias del Tribunal Constitucional 9/91, 195/95 y 83/97).

SEGUNDO.- Resulta evidente que el interno ha utilizado torticeramente el procedimiento del artículo 42.5 del Reglamento Penitenciario para mantener una comunicación con un profesional cuando debió utilizar la vía específica establecida en el artículo 49.5 del texto reglamentario. Sin embargo dicha actuación no encaja en el tipo sancionador previsto en el apartado II del artículo 109 del Reglamento Penitenciario de 1981, pues la acción no supone ninguna divulgación de noticias o datos falsos con intención de menoscabar la buena marcha procedimental, y ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o penales que pudieran derivarse

del contenido de la entrevista publicada cuyo conocimiento escapa de los límites del objeto del presente procedimiento.

La acción únicamente podría encajarse como una falta leve prevista en el apartado f del artículo 110 del Reglamento Penitenciario de 1981 más dicho precepto pugna con el principio de tipicidad que rige el derecho sancionador y, por tanto, dada la falta de tipicidad debe quedar sin efecto la sanción.

En vista de lo expuesto

DISPONGO: Que, estimando el recurso interpuesto, anulo la sanción impuesta al interno A.C.V. del Centro Penitenciario de Córdoba en el E.D. nº 500/2016-1401.

36.- AUTO DE JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SEGOVIA DE FECHA 15/01/16

Falta de jurisdicción del orden contencioso administrativo para resolver sobre intervención de comunicaciones.

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Segovia

Hechos

PRIMERO.- Por Diligencia del Sr. Secretario se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo de diez días alegaran lo que estimaran necesario sobre la competencia de este juzgado para conocer de la impugnación de la Resolución de fecha 28-10-2015 dictada por el Director de del Centro Penitenciario de Segovia, por el que se acuerda la intervención de las comunicaciones orales y escritas del actor, interno en el citado centro Penitenciario.

SEGUNDO.- Por las partes personadas y el Ministerio Fiscal realizan las alegaciones sobre competencia que figuran en las actuaciones.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- El objeto de esta resolución es la competencia del orden contencioso o del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para conocer de la impugnación de la Resolución del Director del Centro Penitenciario de Segovia, por el que se acuerda la intervención de las comunicaciones orales y escritas del interno C.M, que se encuentra en dicho centro penitenciario.

Tal y como indica la sentencia Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección quinta de fecha 27-10-2010, en el fundamento de derecho segundo «SEGUNDO.- El artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo contiene una regla general de atribución de competencia, pues dispone que los Juzgados y Tribunales de este orden “conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo [...]”, si bien luego la precisa, tanto en un plano positivo, para, en el artículo 2, incluir entre las competencias algunas cuestiones, como negativo, excluyendo, en el artículo 3, el conocimiento de otras, como las “expresamente atribuidas” al orden jurisdiccional penal, en el que se enmarca la vigilancia penitenciaria».

Y el artículo 76.2 apartado g de la Ley General Penitenciaria atribuye a estos órganos judiciales, la siguiente competencia «Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos».

La competencia para conocer de la vulneración de derechos fundamentales denunciada por el demandante, derivada de la intervención de las comunicaciones del interno en el Centro Penitenciario, es señalado por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 7-04-2008 al decir «Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Autos de 12 de mayo y 29 de junio de 2005», inadmitió el recurso contencioso nº 148/2005 que S., interno en aquel momento en el Centro Penitenciario de Alicante II (Villena), interpuso contra su clasificación conforme al artículo 10.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria contra la intervención de sus comunicaciones y contra sus traslados de Centro Penitenciario.

En realidad, el Sr. S. se dirigió a la Sala de instancia diciendo ejercer un interdicto para recuperar la posesión de sus derechos fundamentales frente a la que consideraba vía de hecho de la Administración. Ahora bien, visto el contenido de su escrito, fue tramitado como un recurso de los previstos en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción. En el marco de ese proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la Sala planteó la inadmisibilidad del recurso por incompetencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que la vía de hecho que se quería combatir hacía referencia a cuestiones que están sometidas al Orden Penal y, oídas las partes, decidió inadmitir el recurso por la mencionada razón.

Al resolver la súplica en el segundo de los Autos mencionados, la Sala explica que corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria conocer de los recursos contra la clasificación de los reclusos y contra la intervención de sus comunicaciones. Y que, si bien son los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo los que deben resolver sobre las resoluciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en materia de traslados, advierte que lo expuesto sobre esta cuestión por el recurrente carece de sustantividad propia. Así, observa que no impugna propiamente los acuerdos que dispusieron los traslados, respecto de los que el recurso sería extemporáneo, sino que se refiere a ellos en el contexto de la vía de hecho contra la que se dirige. Por eso, confirma la inadmisión, según se ha dicho.

Por lo expuesto, se declara la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de la Resolución de fecha 28-10-2015 del Director del Centro Penitenciario de Segovia, haciéndoles saber que la competencia para conocer de la impugnación formulada correspondiendo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, debiendo en su caso, acomodar su actuación procesal a las previsiones del artículo 5.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

SEGUNDO.- Frente al presente Auto cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días ante la Sala Contencioso-Administrativo de Burgos.

TERCERO.- No se aprecia la existencia de circunstancias en base a las que establecer una condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

Vistos los precedentes razonamientos jurídicos y demás preceptos legales de aplicación

Parte dispositiva

ACUERDO: 1.- Se declara la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de conocer de la impugnación de la Resolución de fecha 28-10-2015 del Director del Centro Penitenciario de Segovia por la que se acuerda las intervenciones orales y escritas del demandante, que se encuentra interno en el referido Centro Penitenciario, haciéndoles saber que la competencia para conocer de la impugnación formulada correspondiendo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, debiendo en su caso, acomodar su actuación procesal a las previsiones del artículo 5.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

Sentencia de Apelación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) Sala de lo Contencioso Administrativo

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 de Segovia en el procedimiento de derechos fundamentales núm. 10/2015 se ha dictado auto de fecha 15 de enero de 2016 por el que se declara la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer la impugnación de la resolución de 28 de octubre de 2015 del Director del Centro Penitenciario de Segovia por la que se acuerda las intervenciones orales y escritas del demandante que se encuentra interno en el referido Centro Penitenciario, haciéndole saber que la competencia para conocer de la impugnación formulada corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, debiendo en su caso acomodar su actuación procesal a las previsiones del artículo 5.3 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativo.

SEGUNDO.- Que contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora, hoy apelante, recurso de apelación mediante escrito de fecha 11 de febrero de 2012, que fue admitido a trámite, solicitando que, con expresa estimación del presente recurso de apelación, se declare la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de la pretensión a que se contrae el procedimiento de protección de los derechos fundamentales seguido ante el Juzgado de Instancia, a petición del interno del Centro Penitenciario de Segovia, M.V.C.M.

TERCERO.- De mencionado recurso se dio traslado a las partes apeladas con el siguiente resultado:

a).- Por el Ministerio Fiscal se presenta escrito de fecha 24 de febrero de 2016 poniendo de manifiesto que la competencia para conocer del presente recurso corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debiendo por ello ser desestimado el presente recurso de apelación.

b).- También se ha contestado a dicho recurso por la Administración del Estado mediante escrito presentado el día 3 de marzo de 2016, solicitando la desestimación del citado recurso de apelación.

CUARTO.- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales, habiéndose señalado para la votación y fallo el día 5 de mayo de 2015, lo que así efectuó.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Es objeto de apelación en el presente recurso el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Segovia Derechos Fundamentales 10/2015, por el que se declara la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer la impugnación de la resolución de 28 de octubre de 2015 del Director del Centro Penitenciario de Segovia por la que se acuerda las intervenciones orales y escritas del demandante que se encuentra interno en el referido centro penitenciario, haciéndole saber que la competencia para conocer de la impugnación formulada corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, debiendo en su caso acomodar su actuación procesal a las previsiones del artículo 5.3 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa.

Y se acuerda dicha inadmisión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.a) de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa en relación con el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, tal y como viene siendo interpretado por la Jurisprudencia, así por la Sentencia de 27.10.2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 5ª y por la sentencia de Tribunal Supremo Sala 3ª, de fecha 7-4-2008.

SEGUNDO.- Que por la parte actora, hoy apelante se insiste en la competencia del Orden contencioso-administrativo para el conocimiento del presente recurso y ello por aplicación del artículo 1 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa, toda vez que lo impugnado es la resolución del Centro Penitenciario de Segovia, siendo esta actuación de naturaleza administrativa, y si se acude a este orden jurisdiccional es buscando un plus de protección en defensa de sus derechos fundamentales.

Que por el Ministerio Fiscal se insiste en que la competencia para conocer del presente recurso corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debiendo por ello ser desestimado el presente recurso de apelación.

Por la defensa de la Administración del Estado se insiste en la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para el enjuiciamiento del presente recurso y ello en aplicación del artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, siendo este el criterio acogido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 8-6-2015, para un caso análogo con cita de Sentencia del Tribunal Supremo del 9-9-2009; y añade que aunque estemos ante una resolución administrativa ello no implica necesariamente que su revisión deba realizarse en sede contencioso-administrativa, toda vez que la misma se dicta en el ámbito penitenciario y por ello su revisión corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, aunque ello afecte a derechos fundamentales del actor en su condición de interno; subsidiariamente de ser competencia del orden contencioso-administrativo, su conocimiento correspondería, no al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, sino a esta Sala de Burgos por encontrarnos ante un procedimiento de cuantía indeterminada.

TERCERO.- Vistos los términos en que se ha planteado el presente recurso de apelación se comprueba que por la parte apelante se vuelve a

reiterar en esta segunda instancia los mismos argumentos esgrimidos ya ante el Juzgado para considerar dicha parte apelante que es competente este Orden Jurisdiccional para el conocimiento del presente procedimiento, y como quiera que en el auto apelado sus argumentos han recibido motivada y razonada respuesta, es por lo que ya desde este momento hemos de concluir que por la parte apelante no se desvirtúan los razonamientos contenidos en el auto apelado, y que por ello procede desestimar el presente recurso de apelación.

Ahora bien, insistiendo en la misma línea argumental hemos de recordar a continuación, por un lado lo que al respecto dispone la normativa aplicable, y por otro lado lo que viene interpretando la Jurisprudencia. Así señala el artículo 1.1 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa que: “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”.

Añade el artículo 2.a) siguiente que: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

Y finalmente precisa el artículo 3.a) de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa que: “No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública”.

Por otro lado el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria dispone lo siguiente: “En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones

penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señala la ley”.

Y en desarrollo de esta previsión dispone el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de septiembre, General Penitenciaria lo siguiente:

“1. 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.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) 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.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) 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.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

k) El recurso contencioso-disciplinario militar”.

En la interpretación y aplicación de tales preceptos y en relación con la cuestión aquí debatida y planteada se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo su Sala 3ª, y así comenzó haciéndolo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 3ª, de fecha 26-9-1986 en la que señala lo siguiente:

“Que los fundamentos de la apelación referidos al escrito de 22 de octubre de 1985, únicos que deberán ser tenidos en cuenta en cuanto que cumplen la exigencia prevenida en el artículo 8.2 de la Ley 62/1978, no consiguen desvirtuar la fundamentación de la sentencia recurrida en apoyo de la inadmisibilidad declarada por cuanto que, efectivamente los dos acuerdos, el de la Junta de Régimen y Administración de 1 de marzo de 1985 y las órdenes del Director del Centro exigen el primero de ellos que el derecho fundamental afectado haya sido conculcado por un acto administrativo no atribuido por la Ley a otra jurisdicción conforme al artículo 2 de la Ley Reguladora de 27 de diciembre de 1956 y efectivamente al acuerdo del régimen y administración recurrible lo fue ante el Juzgado de Vigilancia con el valor y eficacia que atribuye al artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procurando que lo que se impugna no es ya un acto administrativo sino el contenido de una resolución judicial, por lo que procede determinar la causa de inadmisibilidad, del artículo 82.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción en relación con el 37 y 2 de la misma Ley, flexibilidad revisora que es aplicable a las órdenes del Director del Centro a través de los Juzgados de Vigilancia y de la Audiencia Nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 4.4 del Real Decreto 177, de 4 de enero”.

En esta misma línea insiste el auto de Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de fecha 9-6-1992, dictado en el recurso núm. 8071/1990, cuando al respecto dispone de forma muy clarificadora lo siguiente:

“En esencia lo que defiende la parte apelante es el derecho que se atribuye de elegir la Jurisdicción competente entre las dos Jurisdicciones que conforme a los preceptos legales glosados en la fundamentación del Auto apelado y en los escritos de la actora podrían señalar como competentes tanto la Contencioso-Administrativa, dado que se impugna directamente un acto de la Administración penitenciaria, como al órgano tutelar específico indicado en el artículo 76 [ap. 1 y 2 g)] de la Ley General Penitenciaria.

SEGUNDO.- No obstante lo anterior, el principio de improrrogabilidad de la competencia de los órdenes jurisdiccionales impide reconocer la facultad de los recurrentes de elegir uno de ellos, de modo que cualquier ambigüedad o falta de decisión en la determinación de esa competencia ha de resolverse por medio de una interpretación sistemática de las normas y no por la libre elección de los interesados. Pues bien, la lectura del artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en conexión con la de los artículos 76 a 78 de la Ley General Penitenciaria, nos lleva a la conclusión que las decisiones de los órganos penitenciarios que afectan a los internados en Centros de ese orden no son actos administrativos propiamente dichos. Los penados y presos no están sometidos a una relación administrativa con los funcionarios. Están sometidos tanto en el cumplimiento de la pena como en prisión preventiva al Derecho penitenciario, que es inseparable del Derecho penal y del proceso penal.

TERCERO.- La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede por tanto hacerse cargo de los problemas que se planteen en el tratamiento de los penados y presos procediendo por tanto desestimar el recurso de apelación que nos ocupa, con imposición a la parte apelante de las costas de esta instancia por ser preceptivos”.

Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 5ª, de fecha 21-6-2007, dictada en el recurso 6226/2005 viene a rechazar la competencia del Orden Contencioso-administrativo por considerar que la pretensión del actor recurrente se enmarca dentro de la competencia general del Juez de Vigilancia Penitenciaria para salvaguardar los derechos de los internos y corregir eventuales abusos en el cumplimiento del régimen penitenciario, y lo hace con los siguientes razonamientos:

“En el único motivo casacional de que consta el escrito de interposición, no amparado formalmente en ninguno de los subapartados del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, se alega la infracción del artículo 1 de la Ley Jurisdiccional en relación con el artículo 76 de la Ley Orgánica 1/79, General Penitenciaria, y 54 del Reglamento de Régimen Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996. Considera el recurrente que el referido artículo 76 delimita las materias que están sometidas a la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria y por tanto de la Jurisdicción Penal, sin que entre esas materias se encuentre la aquí concernida, referida a la petición de un recluso de que se le entreguen los justificantes correspondientes a las compras efectuadas en el economato de la prisión.

Entiende, por eso, que su pretensión debe ser examinada por el Orden contencioso-administrativo.

CUARTO.- El motivo de casación no puede prosperar.

El actor alega que su pretensión no tiene encaje dentro de las materias específicamente atribuidas a la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el apartado 2g del artículo 76 de la L.O. 1/79, General Penitenciaria, pero olvida que el apartado 1g del mismo precepto establece, con carácter general, 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”. A tenor de lo establecido en este apartado que acabamos de transcribir, resulta evidente que la pretensión del actor se enmarca dentro de la competencia general del Juez de Vigilancia Penitenciaria para salvaguardar los derechos de los internos y corregir eventuales abusos en el cumplimiento del régimen penitenciario, fluyendo de este dato la incompetencia del Orden contencioso-administrativo, como acertadamente concluyó la Sala de instancia”.

Y de forma más reciente también se enjuicia esta cuestión en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 3ª, de fecha 29-6-2015, dictada en el recurso 183/2014, y lo hace con el siguiente tenor:

“El recurso de casación debe prosperar, pues partiendo de las premisas de que no estimamos que proceda declarar ad limine la inadmisibilidad del recurso de casación, como propugna el Abogado del Estado en

su escrito de oposición, por limitarse la defensa letrada del recurrente a reproducir las alegaciones formuladas en la instancia, y de que el enjuiciamiento de los motivos de casación desarrollados resulta irrelevante para la decisión de este proceso casacional, cabe declarar haber lugar a la revocación de la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2013, ya que dicho órgano judicial carece de jurisdicción para conocer del recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 9 de diciembre de 2011, que desestimó la petición formulada por el recurrente, concerniente a la exclusión de la base de datos del Fichero de Internos de Especial Seguimiento.

En efecto, siguiendo la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, expuesta en la sentencia de 17 de septiembre de 2009, consideramos, con base en la aplicación del artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la jurisdicción contencioso-administrativa carece de jurisdicción para conocer de la impugnación de las decisiones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, adoptadas en relación con la inclusión de los datos de un interno en el Fichero FIES, por corresponder a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y, en su caso, a la Audiencia Provincial, por vía de recurso, el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y el amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios, y, en concreto, según el artículo 76.2.a) de la Ley General Penitenciaria, para “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”.

Por ello, dejando constancia de la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17-3-2009, a los efectos de determinar la juridicidad o anti-juridicidad de la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 12/2011, que regula el Fichero de Internos de Especial Seguimiento, en que se basó la resolución impugnada de 9 de diciembre de 2011, que desestimó la petición de exclusión del recurrente de la base de datos FIES, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,

declaramos la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para conocer de la impugnación de la referida resolución, sin que la circunstancia de que el Subsecretario del Interior haya resuelto el recurso de alzada promovido contra aquella resolución pueda ser óbice a este pronunciamiento ...

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa, procede declarar la competencia del orden jurisdiccional penal, y, concretamente, de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para conocer de la impugnación de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 9 de diciembre de 2011, siendo de aplicación, a estos efectos, lo dispuesto en el artículo 5.3 de la mencionada Ley jurisdiccional”.

CUARTO.- Haciendo aplicación en el caso de autos de mencionados criterios legales y jurisprudenciales, y tras tener en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 y 2 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa, primero, que la Jurisdicción es improrrogable, debiendo los órganos judiciales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo apreciar de oficio la falta de jurisdicción en el caso de darse tal supuesto, y segundo que no existe en este ámbito el reconocimiento de un derecho del justiciable a poder elegir libremente la Jurisdicción donde poder impugnar los actos de la Administración Penitenciaria, es por lo que hemos de concluir en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3.a) de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa en relación con los artículos 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que la competencia para conocer de la impugnación de la resolución de fecha 28.10.2015 del Director del Centro Penitenciario de Segovia, por la que se acordó la intervención de las comunicaciones orales y escritas del demandante, corresponde al Orden Jurisdiccional Penal y no al Orden Contencioso Administrativo, y dentro de aquel Orden, a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, en este caso al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, y ello por cuanto que con la dición de dicha resolución se consideran infringidos o afectados, como nos recuerda el artículo 76.2.g) citado determinados derechos fundamentales del demandante.

E insiste la Sala que el hecho de que por la parte actora se haya pretendido utilizar la vía especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas a que se refiere el artículo 114 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa ello no modifica la competen-

cia del Orden Jurisdiccional correspondiente, toda vez que en el ámbito del régimen penitenciario, como es el ámbito en el que se enmarca la resolución impugnada, la competencia para conocer las posibles vulneraciones de derechos fundamentales por el contenido de dicha resolución corresponde sin ningún género de duda al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, encuadrado dentro del Orden Jurisdiccional Penal, ya que a dicho Juzgado, le corresponde no sólo, de conformidad con lo dispuesto el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria las atribuciones 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”, sino que además en aplicación del artículo 76.2.g) le corresponde al Juzgado 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”. De este modo y por esta vía jurisdiccional –la penal– se garantiza plenamente al demandante frente a la Administración penitenciaria no sólo sus derechos fundamentales sino también la tutela judicial efectiva de tales derechos frente al actuar administrativo del Centro Penitenciario.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el presente recurso de apelación confirmando en todos sus extremos el auto apelado.

Último.-

Desestimándose el presente recurso de apelación, procede en aplicación del artículo 139.2 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa imponer a la parte apelante las costas causadas en esta segunda instancia.

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

Fallo

Desestimar el recurso de apelación 43/2016, interpuesto por V.M.C.M., contra el auto de fecha 15 de enero de 2016, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Segovia en el procedimiento de derechos fundamentales 10/2015 por el que se declara la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer la impugnación de la

resolución de 28 de octubre de 2015 del Director del Centro Penitenciario de Segovia, por la que se acuerda las intervenciones orales y escritas del demandante que se encuentra interno en el referido centro penitenciario, haciéndole saber que la competencia para conocer de la impugnación formulada corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, debiendo en su caso acomodar su actuación procesal a las previsiones del artículo 5.3 de la Ley Jurídico Contencioso-Administrativa. Y en virtud de dicha desestimación se confirma mencionado en todos sus extremos, y ello con la expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

37.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 03/03/16

Desestimación de queja sobre adquisición de cámara desechable para vis a vis.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.A.L.S., del Centro Penitenciario Puerto I formulando queja sobre denegación de adquisición de cámara desechable para los vis a vis.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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 desvia-

ciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.A.L.S. por denegación de autorización para la adquisición de una máquina de fotos desechable por el servicio de demandaduría, y visto lo informado por el Centro Penitenciario Puerto I y por el Ministerio Fiscal, procede su desestimación, pues las cámaras de fotos constituyen objetos prohibidos, de conformidad con el catálogo contenido en la Instrucción 3/2010 del Protocolo de Actuación en materia de seguridad, en relación con el artículo 51 del Reglamento Penitenciario.

Con relación a la solicitud de realización de fotografías con ocasión de la celebración de un vis a vis familiar, siempre que al interno le parezca oportuno, por el hecho de haberse autorizado por este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la realización de fotografías por una sola vez, debe ser también desestimado pues el interno pretende convertir una excepción en un derecho, tal y como ha informado el Ministerio Fiscal, requiriéndose dicha autorización, caso por caso, y previa valoración por la Administración Penitenciaria sobre su procedencia y sin perjuicio del derecho de los internos a formular la correspondiente queja por cada denegación concreta.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno J.A.L.S. del Centro Penitenciario Puerto I en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

CAPÍTULO IV

DERECHOS

**38.- SENTENCIA 12/2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE
FECHA 01/02/16**

Prescripción de la pena no interrumpida y vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto contra los Autos de 20-12-2013 y de 17-02-2014, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva, así como contra el Auto de 02-05-2014, de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera), que desestima recurso de apelación interpuesto frente a los anteriores, por los que se rechaza la solicitud formulada por el demandante de declaración de la prescripción de las penas de tres años y dos años que le habían sido impuestas por Sentencia firme. Vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asúa Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3719-2014, promovido por don J. B. L. R., representado por el Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio González Sánchez y asistido por el Abogado don Juan López Rueda,

contra los Autos de 20 de diciembre de 2013 y 17 de febrero de 2014, dictados por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva en la ejecutoria núm. 445-2008, así como contra el Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera) en el rollo de apelación núm. 199-2014, desestimatorio del recurso interpuesto por el demandante frente a los anteriores. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1.- Mediante escrito registrado en este Tribunal el 11 de junio de 2014, el Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de don J. B. L. R., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la pena.

2.- Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los que siguen:

a) Con fecha 27 de marzo de 2007 el demandante de amparo fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva a una pena de tres años de prisión por un delito de atentado a agente de la autoridad y a otra de dos años de prisión por un delito de lesiones, hechos cometidos en junio de 2003.

Confirmado íntegramente el fallo por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera) mediante Sentencia de 27 de junio de 2008, desestimatoria del recurso de apelación formalizado por el demandante de amparo, el 31 de julio de 2008 el Juzgado de lo Penal declaraba firme la condena y abría con ella la ejecutoria núm. 445-2008.

b) El 1 de octubre siguiente, después de haber informado el Fiscal desfavorablemente a la concesión de la suspensión ordinaria de la condena a penas privativas de libertad por no reunir el penado los requisitos del artículo 80 del Código Penal, el Juzgado de lo Penal dictó Auto denegando la señalada suspensión y ordenando el cumplimiento, en su lugar, de las penas impuestas. El 16 de octubre, la defensa del penado recurría esta decisión en reforma y subsidiaria apelación, al tiempo que promovía la

petición de suspensión extraordinaria prevista en el artículo 87 del Código Penal, junto con la de que no se diera cumplimiento a la condena en tanto la Audiencia Provincial no hubiera resuelto sobre la nulidad anteriormente interesada.

El 20 de noviembre de 2008 el Juzgado dictó Auto desestimatorio de la reforma, si bien acordó el examen médico-forense del penado a los efectos de valorar la eventual aplicación del solicitado artículo 87 del Código Penal. Tras recibir el informe desfavorable del Fiscal a la suspensión extraordinaria, el 15 de octubre de 2009 el Juzgado dictaba Auto denegatorio de la misma, resolución que el penado recurriría el 27 de octubre siguiente.

El 25 de noviembre de 2009 la Audiencia Provincial desestimó en apelación ambas peticiones de suspensión, ordinaria y extraordinaria, basándose en cuanto a la primera en la no concurrencia de los presupuestos exigibles y, en cuanto a la segunda, en la falta de planteamiento en la instancia previa al recurso. Con fecha 26 de febrero de 2010, el Juzgado de lo Penal confirmaba, en reforma, lo decidido por Auto de 15 de octubre de 2009 sobre la suspensión extraordinaria.

c) El 25 de enero de 2011 la defensa del penado solicitaba la suspensión de la ejecución de la pena a la espera de presentar solicitud de indulto –total o parcial– de las penas impuestas, petición que el 2 de marzo de 2011 efectivamente registró ante el Ministerio Justicia.

Tras conferir nuevo traslado al Fiscal, el 23 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Penal dictó Auto por el que denegó al penado tal petición de dejar en suspenso la ejecución de la pena durante la resolución del expediente de indulto, decisión que resultó confirmada en reforma el 10 de junio siguiente y en apelación el 5 de marzo de 2012.

d) El 8 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Penal ordenaba por providencia la detención e ingreso en prisión del penado, remitiendo oficio de igual fecha a la Policía Judicial para su ejecución. Tres días más tarde el penado solicitaba ante el órgano judicial un aplazamiento del ingreso en prisión fundamentado en la pendencia del expediente de indulto, lo que le fue denegado por providencia de esa misma fecha sobre la base del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordándose en ella estar «a lo dispuesto en la providencia de fecha 8 de marzo del corriente».

e) El 20 de marzo siguiente la representación del penado presentaba un nuevo escrito por el que, «siguiendo expresas instrucciones de su mandante» (sic) y en aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010, solicitaba del Juzgado de lo Penal la revisión de su condena, con el fin de que le fuera reconocida la atenuante de dilaciones indebidas, que dicha reforma legislativa había venido a introducir expresamente como tal en el artículo 21.6 del Código Penal.

f) El 11 de julio de 2013 el Juzgado emitía requisitoria reiterando la orden de detención e ingreso en prisión del penado, que trasladaba a la Policía Judicial mediante oficio de igual fecha. Ante el resultado negativo de las pesquisas dirigidas a la localización del penado con el fin anterior, por Auto de 2 de diciembre de 2013 el Juzgado lo declaró en situación de rebeldía procesal.

Entretanto, el Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 2013 denegaba el indulto al demandante de amparo.

g) El 4 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Penal dejó sin efecto la declaración de rebeldía, librando mandamiento de prisión dirigido al director del centro penitenciario de Huelva, en el que había sido localizado el demandante como interno, con el fin de que quedara retenido en el mismo en calidad de penado para el cumplimiento de la condena impuesta en la presente causa.

Ese mismo día la Audiencia desestimó la petición de revisión de condena amparada en la Ley Orgánica 5/2010.

h) Con fecha 11 de diciembre de 2013 el penado solicitó del Juzgado ejecutante que declarara prescritas las penas de prisión a las que fue condenado, estimando extinguida su responsabilidad criminal desde el 28 de junio de 2013, al haber sido condenado a dos penas de prisión catalogadas, por su duración, como «menos graves» y cuyo periodo de prescripción con fines de cumplimiento deviene a los cinco años, ex artículos 130.1.7 y 133.1 del Código Penal, si no se han producido circunstancias que justifiquen una interrupción del plazo señalado.

Una vez recibidas las alegaciones del Fiscal, oponiéndose a la apreciación de prescripción de la pena impuesta, por Auto de 20 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Penal desestimó la petición. Tras señalar las principales vicisitudes de la ejecutoria –en línea con las expuestas en es-

tos antecedentes— y con apoyo expreso en la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 450/2012, de 24 de mayo , así como en diversos pronunciamientos procedentes de Audiencias Provinciales, la resolución judicial hace hincapié en las sucesivas peticiones de suspensión de condena cursadas por el solicitante, con sus respectivos recursos, que obligaban a la consiguiente respuesta judicial particularizada en cada caso, así como en las órdenes de ingreso en prisión decretadas, estimando a través de ello interrumpido el plazo de cinco años preceptivo para entender prescritas las penas impuestas. En concreto, el Auto expresa lo siguiente:

«Son numerosas las resoluciones dictadas desde la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria y orientadas a intentar ejecutar las penas de prisión impuestas Pues lo son los autos denegatorios de los beneficios de la suspensión tanto ordinaria como extraordinaria de la pena (estos últimos fechados el 15 de octubre de 2009 y el 26 de febrero de 2010) y acordando ejecutar las penas, y lo es también por supuesto la providencia de fecha 8 de marzo de 2013 mediante la que se libraron mandamientos de prisión con la misma finalidad ejecutiva. Tales resoluciones sustanciales de ejecución de la pena tuvieron, en consecuencia, virtualidad interruptora del plazo prescriptivo, lo que conforme a la doctrina expuesta impide concluir que el plazo de inacción procesal de cinco años, necesario en orden a la prescripción interesada, haya transcurrido, debiendo en consecuencia estarse al trámite de ejecución en curso.» (FJ 3)

Y añade en su fundamento jurídico 5:

«Tales resoluciones denegatorias, que se dictaron dentro de unos plazos razonables atendido su contenido y preceptiva tramitación legal, determinaron una nueva interrupción del plazo prescriptivo, que habría comenzado a contarse de nuevo a partir de la firmeza del auto de fecha 26 de febrero de 2010, denegatorio del último beneficio interesado (a saber, el del artículo 87 del Código Penal), momento a partir del cual la pena habría resultado efectivamente ejecutable. Nunca antes, merced a las peticiones y recursos interpuestos por el propio interesado y a la falta de firmeza de la resolución ejecutiva. Nótese, por otro lado, que el Juzgado actuó con premura, tramitando incluso las dos peticiones a la par en vez de aguardar la desestimación de la primera para dar trámite a la segunda, tratando así de dar cierta respuesta al propósito dilatorio latente en ambas.

Como fuere, la naturaleza interruptiva de tales resoluciones impide concluir el efectivo transcurso del plazo legal de cinco años previsto en el artículo 134 del Código Penal, desestimándose en consecuencia la petición de prescripción de las penas impuestas a los efectos oportunos.»

i) El 10 de enero de 2014 la defensa del penado recurrió el Auto anterior, desestimándose la reforma por Auto de 17 de febrero de 2014 del Juzgado de lo Penal y la apelación por Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial (Sección Tercera).

El primero de estos dos Autos no aprecia razones por las que rectificar la resolución recurrida, que el Juzgado de lo Penal estima debe mantenerse en su integridad por sus mismos fundamentos, a los que «únicamente cabe agregar que, contra lo manifestado por el recurrente, y conforme a la jurisprudencia constitucional invocada, el condenado no estuvo a disposición de este Juzgado para la ejecución de las penas impuestas; muy al contrario, el 8 de marzo de 2013 –antes, por tanto, de la posible consumación de la prescripción, según la argumentación del recurso– se acordó por este Juzgado librar oficios a la Policía para proceder al ingreso en prisión del penado, sin resultado alguno al no ser éste habido. La defensa presentó, sin embargo, un escrito solicitando un aplazamiento del ingreso en prisión y, con fecha 21 de marzo de 2013, otro interesando la revisión de la sentencia condenatoria, declarándose con posterioridad».

El Auto de apelación se desmarca de la doctrina constitucional invocada por el recurrente (Sentencia del Tribunal Constitucional 187/2013, de 4 de noviembre), en tanto que vinculada a la pendencia de la decisión sobre una petición de indulto, que la Audiencia Provincial no considera aplicable al caso. Estima, por último, que las actuaciones no han sufrido paralización determinante de prescripción «toda vez que desde que la sentencia condenatoria devino firme el 13 de julio de 2008 se han venido realizando actuaciones de contenido, y no de mero trámite, encaminadas a determinar la procedencia de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de suspensión», haciendo expresa mención de las distintas resoluciones dictadas a tal fin. Y concluye: «Con todas estas resoluciones, provocadas por las peticiones del propio penado, se interrumpe la prescripción, que no puede ni comprenderse ni computarse de manera mecanicista como mero transcurso del tiempo, sino que necesita de la inacción procesal para desplegar sus efectos» (FJ 1 in fine).

j) El 18 de julio de 2014 el Juzgado ejecutante aprobaba la propuesta de liquidación de condena efectuada por el Secretario Judicial, señalándose el 30 de noviembre de 2018 como fecha de extinción de la misma. En un posterior Auto de 16 de septiembre de 2014, acordó la acumulación de las condenas que gravitan sobre el demandante en las ejecutorias núm. 447-2008 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva y núm. 198-2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huelva, señalando como fecha de extinción común a ambas el 28 de marzo de 2021.

3.- Con fecha 11 de junio de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal la demanda por la que el recurrente en amparo estima vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), que relaciona con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española).

El demandante parte de la doctrina establecida por este Tribunal en sus Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre; 109/2013, de 6 de mayo; 187/2013, de 4 de noviembre, y 192/2013, de 18 de noviembre, para sostener que la motivación que ofrecen las tres resoluciones judiciales por las que se le denegó, primero, y confirmó, después, tener por prescritas las penas de prisión impuestas, no superan el canon constitucionalmente exigible en estos casos, pues introducen causas de interrupción de la prescripción distintas de las expresamente previstas en el artículo 134 del Código Penal, que simplemente se refiere al inicio del efectivo cumplimiento de la pena desde la firmeza de la sentencia o bien, en su caso, desde el quebrantamiento de la condena si aquél se hubiera iniciado. Entiende el demandante manifiestamente incoherente con la norma aplicable, así como ajeno a los fines de la prescripción de la pena, que ambos órganos judiciales otorguen efecto interruptor del plazo a las diversas resoluciones dictadas en la ejecutoria de la que trae causa la petición de amparo, bien con un contenido negativo al resolver en forma desestimatoria las distintas formas de suspensión de la condena privativa de libertad solicitadas por el demandante, bien en un sentido positivo al ordenar su busca y captura, siendo así que no figuran como tales en el único precepto legal de cobertura.

De este modo, su responsabilidad criminal por los hechos objeto de condena habría quedado extinguida el 29 de junio de 2013, fecha en la que habrían transcurrido los cinco años de plazo que, en función de la gravedad

de las penas concretamente impuestas, resultaba de aplicación, ex artículos 133.1 y 134 del Código Penal.

4.- El 27 de abril de 2015 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando en el mismo especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al plantear la demanda un problema o afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 a]).

Dirigió, asimismo, atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, con el fin de que remitiera certificación o copia adverada del rollo de apelación núm. 199-2014. Constando en autos testimoniada la ejecutoria núm. 445-2008, acordó también dirigir oficio al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva a los solos efectos de emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento de procedencia, por si desearan comparecer en el presente recurso.

Decidió, finalmente, la suspensión cautelar de la ejecución de la pena, toda vez que en otro caso podría seguirse para el demandante un perjuicio de imposible o muy difícil reparación, ordenando al tiempo la formación de pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión. Despachados los trámites oportunos, por Auto de 25 de mayo de 2015 este Tribunal acordó mantener dicha suspensión.

5.- El Ministerio Fiscal cumplimentó el trámite de alegaciones mediante escrito presentado el 3 de julio de 2015, interesando la estimación del amparo por considerar de aplicación la doctrina recientemente establecida por este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, que aborda un supuesto similar. Conforme a ella, los razonamientos esgrimidos en los tres Autos objeto de recurso serían contrarios al canon de motivación exigible al apartarse de la normativa legal de aplicación (artículo 134 del Código Penal), que no incluye como causas interruptoras del plazo de prescripción de la pena ninguna de las concretamente atendidas a tal fin tanto por el Juzgado de lo Penal como por la Audiencia Provincial. Así, en cuanto a las distintas resoluciones dictadas en orden a resolver cada petición suspensiva cursada por el penado, subraya el Fiscal que la mera emisión de tales resoluciones, no conforman en sí mismas causas interruptoras del plazo. Igual consideración le merece la especial relevancia que, como argumento de refuerzo, se otorga en la instancia al

escaso fundamento de cada concreta solicitud, lo que considera que tampoco colma la motivación exigible en estos casos. A análoga conclusión llega respecto de las órdenes de busca y captura, en la medida en que ninguna de ellas comportó el efectivo ingreso en prisión del penado para el cumplimiento de la pena firme y ejecutoria.

Estima, por ello, lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (artículo 24.1 de la Constitución Española), vulneración que a su vez incide en su derecho a la libertad y a la legalidad penal (artículos 17.1 y 25.1 de la Constitución Española). Razones por las que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, interesa que se anulen los tres Autos impugnados y se acuerde la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera resolución, con el fin de que por el Juzgado de lo Penal concernido se dicte otra respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

6.- El recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones el 9 de julio de 2015, remitiéndose en esencia al contenido de su demanda, cuyos argumentos de fondo dio por reproducidos.

7.- Por providencia de 28 de enero de 2016 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de febrero del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1.- Se interpone el presente recurso de amparo contra los Autos de 20 de diciembre de 2013 y 17 de febrero de 2014, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva en la ejecutoria núm. 445-2008, así como contra el Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera), desestimatorio del recurso de apelación interpuesto frente a los anteriores, que rechazaron la solicitud formulada por el demandante de declaración de la prescripción de las penas de tres años y dos años que le habían sido impuestas por Sentencia firme que devino ejecutoria el 31 de julio de 2008.

En los antecedentes han quedado expuestas con detalle las actuaciones que tuvieron lugar desde la firmeza de la Sentencia, tanto en cuanto a las denegaciones de las solicitudes del demandante respecto a la concesión de la suspensión condicional de la pena, como a la denegación del aplaza-

miento del ingreso en prisión durante la tramitación de la solicitud de indulto, y otras incidencias consistentes en requisitoria judicial de búsqueda y detención que no lograron su cometido, hasta finalmente el mandamiento de prisión de fecha de 4 de diciembre de 2013 que se hizo efectivo en el centro penitenciario en el que se encontraba el recurrente ingresado por otra causa.

A juicio del demandante, las resoluciones judiciales impugnadas infringen su derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad y a la legalidad penal (artículos 24.1, 17.1 y 25.1 de la Constitución Española) al haber apreciado como causas de interrupción de la prescripción de la pena supuestos no previstos en el artículo 134 del Código Penal. Lo cual se aparta de la doctrina constitucional establecida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, 109/2013, de 6 de mayo, 187/2013, de 4 de noviembre, y 192/2013, de 8 de noviembre, de las que se desprende que, dado el tenor del art 134 del Código Penal, el transcurso del plazo de prescripción de la pena sólo se interrumpe cuando se inicia el cumplimiento de ésta.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, entendiendo efectivamente vulnerados los derechos que se invocan sobre la base de los argumentos anteriormente expuestos en esta resolución, coincidentes en líneas generales con los expresados por el demandante.

2.- Como paso previo al examen de fondo del recurso de amparo, hemos de referirnos a las razones de su admisión a trámite, apuntadas en la providencia de 27 de abril de 2015, en el sentido de apreciar que la demanda viene a plantear un problema vinculado a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina previa de este Tribunal [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 a)].

Precisión que formulamos en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015, dictada en el caso *Arribas Antón c. España* (§ 46), exige explicitar no solamente los criterios de definición del requisito de la especial trascendencia constitucional (a tal efecto, esencialmente, la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009), sino también su aplicación en los asuntos que se admiten a trámite, con el fin de asegurar con ello una buena administración de la Justicia (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2015, de 20 de julio, FJ 1, y posteriores).

Las particularidades del caso permiten a este Tribunal consolidar la doctrina iniciada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, en un supuesto con notables semejanzas al presente. La citada Sentencia, al ser de fecha posterior a las resoluciones impugnadas en la demanda de amparo, no pudo ser conocida por los órganos judiciales que las dictaron, como tampoco por el recurrente al presentar la demanda. Por ello, el actual supuesto permite a este Tribunal reforzar la doctrina allí señalada, garantizando su mejor cumplimiento al abundar en sus parámetros generales y en su concreción aplicativa, en los términos que luego se verán (Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2015, de 5 de octubre). Tales circunstancias dotan a la demanda de amparo de trascendencia constitucional a estos efectos [artículos 49.1 y 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional].

3.- La impugnación sustancial del presente recurso versa sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) en relación a los supuestos de interrupción del plazo de prescripción de una pena, atendiendo a las previsiones que el propio Código penal establece al efecto en su artículo 134. El recurrente aduce, asimismo, que se ha producido lesión de la tutela judicial por apartamiento del canon de motivación exigible en esta materia, alegación que comparte el Ministerio Fiscal.

Con carácter preliminar procede recordar que –como se señalaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, por remisión a las Sentencias del Tribunal Constitucional 47/2014, de 7 de abril, y 37/2010, de 19 de julio, entre otras– el instituto de la prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi en consideración a la incidencia que tiene el transcurso de un determinado tiempo en las funciones y fines de la intervención penal, así como por razones de seguridad jurídica que conducen a fijar un límite temporal para que no se dilate indefinidamente la incertidumbre de la inculpación o de la persecución penal. Fundamentos que explican el instituto de la prescripción en el ámbito punitivo en general, pero que requieren ciertas precisiones a efectos de diferenciar la prescripción de la acción penal –o prescripción del delito– frente a la prescripción del cumplimiento de la pena adjudicada en sentencia condenatoria. La prescripción del delito opera como obstáculo procesal que impide la investigación judicial, y por ello puede decirse que la sociedad –en decisión del legislador que le representa– renuncia al ius puniendi , renuncia a una investigación tardía del delito y exime de respon-

sabilidad penal a los eventuales responsables, por razones pragmáticas y jurídicas. Por el contrario, la institución de la prescripción de la pena se sitúa temporalmente en el espacio posterior al efectivo enjuiciamiento de los hechos y a la declaración de responsabilidad criminal, por lo que en esta vertiente de la prescripción no se produce en sentido estricto una renuncia al *ius puniendi*, sino una renuncia a una ejecución tardía de la pena. Diferencias que tiene su reflejo en el distinto tratamiento que la ley establece para ambos supuestos en cuanto a su alcance, requisitos y efectos, aspectos de configuración legislativa que sirven a la garantía de seguridad jurídica como sustrato del derecho fundamental a la legalidad (artículo 25.1 de la Constitución Española).

Al igual que en la regulación de la prescripción del delito, la concreta regulación de la prescripción de la pena constituye una opción de política criminal del legislador, quien debe fijar las peculiaridades de su régimen jurídico y decidir sobre la clase de delitos y de penas que quedan sometidos al régimen de prescripción, en qué condiciones, con qué plazos, y cómo deben computarse éstos. Una vez configurado normativamente el alcance de la prescripción, la aplicación de la previsión legal no puede entenderse como lesión o merma del derecho a la acción penal o del derecho a la persecución penal del delito que aleguen las partes acusadoras (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings y otros c. Reino Unido*, §§ 46 y ss.). Del mismo modo que las peculiaridades del régimen jurídico de la prescripción, así determinado, no pueden considerarse, en sí mismas, lesivas de ningún derecho fundamental de los acusados (en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y otras posteriores, así como a la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, FJ 3, referida a un caso prácticamente idéntico al que nos ocupa).

Conforme la consolidada doctrina constitucional, reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, la apreciación de la prescripción en cada caso concreto, como causa extintiva del cumplimiento de la pena conforme a la previsión legal, es una cuestión de legalidad ordinaria, carente por su propio contenido de relevancia constitucional. Cuestión distinta es que la concreta decisión judicial que aprecia o rechaza la prescripción ignore los términos de la norma aplicable o no se ajuste al canon de motivación constitucionalmente exigible, en cuyo caso esa resolución será susceptible de impugnación a través de recurso de amparo. Impugnación

que este Tribunal deberá examinar tanto desde el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) como desde el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), con repercusión última en ambos casos en el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española; Sentencias del Tribunal Constitucional 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10, y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, desde el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) resultará conculcada la libertad «tanto cuando se actúe bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2). Los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deberán ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5). Debe tenerse en cuenta que puede haber interpretaciones que, aunque respondan a una racionalidad acorde con un determinado entendimiento que el Juzgador considere asumible, en tanto se separen o desconozcan los estrictos términos de la previsión legal y de la racionalidad legislativa que la sustenta, se convierten en interpretaciones irracionales e incoherentes por vulneradoras de las estrictas garantías de la motivación en el marco de la legalidad penal. No puede eludirse la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de lesión en los señalados derechos fundamentales cuando la interpretación judicial de la norma reguladora de la prescripción de la pena, suponga una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, FJ 3; y otras posteriores recogidas en la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, FJ 3). El control de la prescripción de la pena en sede constitucional partirá, por tanto, de la prohibición de interpretaciones contra legem, y de interpretaciones extensivas in malam partem.

Es, asimismo, doctrina del Tribunal que, dada la trascendencia de los valores constitucionales y derechos fundamentales concernidos, cuando entre en juego la libertad personal el control de la resolución impugnada amparado en la tutela judicial efectiva actuará bajo el canon de la moti-

vación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución Española). La decisión judicial deberá así razonar los elementos tomados en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a la prescripción de la sanción penal respetando, al propio tiempo, los fines que dicho instituto persigue (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; y 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). El estándar de motivación aplicable a estos casos será, pues, especialmente riguroso, debiendo abarcar tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre –o no– el supuesto previsto en la ley, como el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; seguida entre otras, por Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005).

4.- El artículo 134 del Código penal en la redacción entonces vigente para su aplicación al presente caso, decía textualmente: «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse».

El precepto parte lógicamente de lo que constituye el presupuesto natural para que pueda entrar en juego el instituto de la prescripción, que no es otro que el transcurso del tiempo sin que haya empezado a ejecutarse la pena impuesta, independientemente de la razón de esa tardanza, sea por elusión de la orden judicial o huida de la justicia, sea por posposición del inicio de la ejecución por otras razones, incluidas las previstas en la ley. El inicio del cumplimiento de la pena es por tanto la primera causa natural de interrupción de la prescripción, cuando por alguna razón se hubiera producido una tardanza. Tardanza a computar a partir de la fecha de la sentencia firme, fecha que, como explicita el artículo 134 del Código Penal, determina el arranque del plazo de la prescripción. En caso de quebrantamiento de la pena que ya estaba cumpliéndose, vuelve a entrar en juego el cómputo de los plazos a efectos de la eventual prescripción.

Este Tribunal, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4, ya descartó que la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto –como también de un recurso de amparo– despliegue un efecto interruptor sobre el plazo señalado a la prescripción de la pena, poniendo de relieve la carencia de específica previsión legal al efecto, en la medida en que el artículo 134 del Código Penal se limita a indicar como dies a quo para el cómputo del plazo

de prescripción de la pena la fecha en que la Sentencia deviene firme o bien aquélla en que la condena es quebrantada.

De acuerdo con la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, «la contemplación de nuevas causas interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del Código penal de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, 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’ (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas 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 aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical.» (FJ 5).

La doctrina anterior es reiterada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, 152/2013, de 9 de septiembre, 187/2013, de 4 de noviembre, 192/2013, de 18 de noviembre, 49/2014, de 7 de abril, y 63/2015, de 13 de abril, en las que se insiste en que en el ámbito de ejecución de la pena no cabe hablar de otras formas de interrupción de la prescripción de la pena o de supuestos de reinicio del cómputo del plazo distinto al del quebrantamiento de condena; el actual Código penal no contempla otras causas de interrupción, a diferencia del anterior Código penal de 1973 que contemplaba la comisión de un nuevo delito como causa interruptiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4; 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4, y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3).

De ahí que este Tribunal haya determinado, desde la perspectiva constitucional aludida y bajo la vigencia del citado tenor del artículo 134 del Código Penal, que los actos de emplazamiento o las órdenes concernientes a la ejecución de la pena, en tanto no determinen el inicio de su cumplimiento, in natura o como sustitutivo, carezcan de relevancia interruptora de la prescripción (Sentencia del Tribunal Constitucional 187/2013, de 4

de noviembre, FJ 4, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5; y posteriores; y, de forma particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, FJ 5). Precisamente por apreciar que se trataba de supuestos de cumplimiento sustitutivo, tal y como había adelantado este Tribunal en Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5, destacó la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2014, de 28 de mayo, FJ 3, in fine, y reiteró la Sentencia del Tribunal Constitucional 180/2014, de 3 de noviembre, FFJJ 2 y 3, que la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, no resulta directamente trasladable a aquellos supuestos de paralización de la ejecución natural de la pena derivados de cuantas formas alternativas de cumplimiento reconoce expresamente el legislador, dada su diferente naturaleza jurídica y efectos. Tal es el caso de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad previstas en los artículos 80 y ss. del Código Penal, figuras que han sido calificadas como formas de cumplimiento sustitutivas o alternativas a la pena de prisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5, y 63/2015, de 13 de abril, FJ 5).

5.- En el presente caso, se otorga efecto interruptivo de la prescripción de la pena a aquellas decisiones judiciales que sucesivamente denegaron al demandante un cumplimiento alternativo a la prisión, en las diversas modalidades legalmente previstas y progresivamente solicitadas por éste. Asimismo, a las órdenes de busca y captura para su detención e ingreso en prisión, que devinieron de imposible ejecución hasta que se constató su presencia en el centro penitenciario de Huelva, por orden cursada en diferente procedimiento. En ningún momento se inició, por tanto, la ejecución de las penas de prisión cuya prescripción es objeto del presente amparo.

Tal y como se ha hecho constar en los antecedentes, después de dictarse Sentencia condenatoria y de declararse su firmeza, por Auto de 1 de octubre de 2008 se desestimó una primera solicitud de suspensión de la pena privativa de libertad, disponiéndose el cumplimiento de las penas impuestas, lo cual sin embargo no se llevó a término. A ello siguieron una solicitud de sustitución extraordinaria (artículo 87 del Código Penal) y una petición de suspensión durante la tramitación del indulto, con igual resultado judicial desestimatorio e idéntica posposición del inicio de la ejecución de ambas penas de prisión durante la tramitación y resolución de los recursos interpuestos frente a cada decisión. Mediante dos mandamientos judiciales posteriores, de 8 de

marzo y 11 de julio de 2013, el órgano judicial dispuso la detención e ingreso en prisión del penado, mandato que en ambos casos quedó frustrado hasta el 4 de diciembre de 2013, fecha en la que el demandante fue finalmente localizado, dictándose en ese momento su retención penitenciaria en calidad de penado para el cumplimiento de las penas aquí impuestas.

El demandante sostiene que las resoluciones recurridas en amparo, desestimatorias de su pretensión de entender prescritas las penas de prisión por el simple transcurso del plazo fijado legalmente, contravienen la doctrina establecida por este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, y reiterada en otras posteriores. En ellas, como hemos visto, este Tribunal consideró inconstitucional la ampliación de las causas de interrupción de la pena a supuestos no recogidos en el tenor del precepto aplicable y, por ello mismo, su extensión a la tramitación del indulto. La doctrina así instituida conforme a las exigencias de la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) resulta, en efecto, aplicable al periodo afectado por la petición del demandante, lo cual conduce al otorgamiento del amparo.

Las distintas y sucesivas resoluciones judiciales que denegaron al demandante cada forma de cumplimiento alternativo se limitaron a decidir sobre su solicitud, sin comportar en momento alguno una efectiva ejecución de las penas de prisión impuestas al recurrente en amparo. Por tal motivo, el razonamiento judicial que vino a entender interrumpida la prescripción de estas penas por el mero dictado de las referidas decisiones judiciales se basa en una hipótesis ajena al artículo 134 del Código Penal. De igual modo, los argumentos postulados en ambas instancias judiciales como «de refuerzo», tales como la escasa solidez de lo interesado en cada ocasión o la prontitud en la respuesta judicial, no guardan conexión con el tenor del criterio legalmente aplicable, que no admite dudas sobre el inicio del plazo de prescripción y sobre el eventual reinicio del cómputo en supuesto de quebrantamiento, que no es el caso.

Las distintas líneas argumentativas utilizadas en las resoluciones impugnadas para dar sustento a cada decisión contraria a la prescripción no se ajustan a la legalidad aplicable. El intento o conato de ejecución al que alude el Juzgado de lo Penal no guarda equivalencia con el inicio efectivo de ejecución exigido en el artículo 134 del Código Penal. Tampoco la premura judicial en la respuesta ofrecida a cada petición es un parámetro de referencia a efectos de interrupción del cómputo del plazo, si no conlleva

en paralelo un auténtico comienzo del cumplimiento de la pena, que las propias resoluciones recurridas descartan.

Afirmar, como hace la Audiencia Provincial que «con todas estas resoluciones, provocadas por las peticiones del propio penado, se interrumpe la prescripción, que no puede ni comprenderse ni computarse de manera mecanicista como mero transcurso del tiempo, sino que necesita de la inacción procesal para desplegar sus efectos», supone crear ex novo una causa de interrupción no prevista en la norma. Dicha interpretación deviene arbitraria por opuesta a la legalidad aplicable y lesiona, en tal medida, el artículo 25.1 de la Constitución Española. Desatiende a su vez el canon de motivación exigible (artículo 24.1 de la Constitución Española), que debe comenzar por respetar el contenido del precepto penal. Repercute, en último término, en el derecho a la libertad personal del demandante (artículo 17.1 de la Constitución Española).

6.- Los razonamientos expuestos, de conformidad con el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conducen a estimar el recurso de amparo por vulneración del artículo 25.1, conectado asimismo a los artículos 24.1 y 17 de la Constitución Española. El restablecimiento al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados debe conducir a la anulación de los tres Autos impugnados, y a la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva del Auto de 20 de diciembre de 2013, que desestimó la petición de prescripción de las penas de prisión interesada por el recurrente, para que dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Fallo

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don J. B. L. R., y en su virtud:

1.- Declarar vulnerado su derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española).

2.- Restablecer sus derechos y, a tal fin, anular los Autos dictados el 20 de diciembre de 2013 y el 17 de febrero de 2014, por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva en la ejecutoria núm. 445-2008, así como el Auto dictado el 2 de mayo de 2014 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva en el rollo de apelación núm. 199-2014.

3.- Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las mencionadas resoluciones para que se dicte otra respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

39.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL 4 DE HUELVA DE FECHA 25/02/16

Prescripción de penas.

Hechos

PRIMERO.- En este juzgado se tramitan las presentes actuaciones, habiéndose practicado las que figuran en autos y cuyo contenido se da aquí por reproducido en aras a la brevedad.

SEGUNDO.- Mediante Auto de 20 de diciembre de 2013 se declaró no haber lugar a declarar la prescripción de las penas de prisión impuestas en la presente causa, por los motivos expuestos en la citada resolución. Mediante Auto de 17 de febrero de 2014 se desestimó el recurso de reforma interpuesto contra dicha resolución, y mediante Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Huelva se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la misma. Por el Tribunal Constitucional se ha dictado Sentencia de 1 de febrero de 2016, en la que se anulan las citadas resoluciones y se retrotraen las actuaciones al momento anterior al dictado de las mismas para que se dicte otra respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Fundamentos de Derecho

Único.- En las resoluciones anuladas, esto es, Autos de 20 de diciembre de 2013 y 17 de febrero de 2014 de este Juzgado y Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Huelva, se declaraba no haber lugar a declarar prescritas las penas de prisión impuestas a J.B.L.R. en la Sentencia de 23 de marzo de 2007 dictada en el procedimiento Abreviado 285/06, del que trae causa la presente ejecutoria. La Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en amparo en fecha 1 de febrero de 2016 declara que dichas resoluciones vulneran el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española). Atendiendo al cuerpo de la citada resolución, debe concluirse que el intento por parte del órgano judicial de dar inicio a la ejecución de las penas no guarda equivalencia con el inicio efectivo de ejecución al que alude el artículo 134 del Código Penal. Se recoge en la misma que las sucesivas resoluciones judiciales que denegaron al penado las distintas solicitudes de cumplimiento alternativo de la pena se limitaron a decidir sobre la solicitud sin comportar en momento alguno una efectiva ejecución de las penas, por lo que no tienen efecto interruptivo alguno del plazo de prescripción. Lo mismo sucede respecto de las órdenes de busca y captura para la detención e ingreso en prisión del penado. El resultado es que en ningún momento se dio inicio a la ejecución de las penas, con anterioridad al dictado de dichas resoluciones. Atendiendo a la doctrina expuesta en la citada resolución, y de conformidad con lo dispuesto en la misma procede declarar prescritas las penas de 2 y 3 años de prisión impuestas en la Sentencia de 23 de marzo de 2007 dictada en el Procedimiento Abreviado 285/06 a J.B.L.R.

En consecuencia,

Parte dispositiva

Declaro prescritas las penas de 2 y 3 años de prisión impuestas a J.B.L.R. en la Sentencia de 3 de marzo de 2007 dictada en el procedimiento Abreviado 285/06.

I.- Antecedentes

SENTENCIA 12/2016 DE 1 DE FEBRERO DE 2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1.- Mediante escrito registrado en este Tribunal el 11 de junio de 2014, el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de J.B.L.R., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la pena.

2.- Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los que siguen:

a) Con fecha 27 de marzo de 2007 el demandante de amparo fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva a una pena de tres años de prisión por un delito de atentado a agente de la autoridad y a otra de dos años de prisión por un delito de lesiones, hechos cometidos en junio de 2003.

Confirmado íntegramente el fallo por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección. Tercera) mediante Sentencia de 27 de junio de 2008, desestimatoria del recurso de apelación formalizado por el demandante de amparo, el 31 de julio de 2008 el Juzgado de lo Penal declaraba firme la condena y abría con ella la ejecutoria núm. 445-2008.

b) El 1 de octubre siguiente, después de haber informado el Fiscal desfavorablemente a la concesión de la suspensión ordinaria de la condena a penas privativas de libertad por no reunir el penado los requisitos del artículo 80 del Código Penal, el Juzgado de lo Penal dictó Auto denegando la señalada suspensión y ordenando el cumplimiento, en su lugar, de las penas impuestas. El 16 de octubre, la defensa del penado recurría esta decisión en reforma y subsidiaria apelación, al tiempo que promovía la petición de suspensión extraordinaria prevista en el artículo 87 del Código Penal, junto con la de que no se diera cumplimiento a la condena en tanto la Audiencia Provincial no hubiera resuelto sobre la nulidad anteriormente interesada.

El 20 de noviembre de 2008 el Juzgado dictó Auto desestimatorio de la reforma, si bien acordó el examen médico-forense del penado a los efectos de valorar la eventual aplicación del solicitado artículo 87 del Có-

digo Penal. Tras recibir el informe desfavorable del Fiscal a la suspensión extraordinaria, el 15 de octubre de 2009 el Juzgado dictaba Auto denegatorio de la misma, resolución que el penado recurriría el 27 de octubre siguiente.

El 25 de noviembre de 2009 la Audiencia Provincial desestimó en apelación ambas peticiones de suspensión, ordinaria y extraordinaria, basándose en cuanto a la primera en la no concurrencia de los presupuestos exigibles y, en cuanto a la segunda, en la falta de planteamiento en la instancia previa al recurso. Con fecha 26 de febrero de 2010, el Juzgado de lo Penal confirmaba, en reforma, lo decidido por Auto de 15 de octubre de 2009 sobre la suspensión extraordinaria.

c) El 25 de enero de 2011 la defensa del penado solicitaba la suspensión de la ejecución de la pena a la espera de presentar solicitud de indulto –total o parcial– de las penas impuestas, petición que el 2 de marzo de 2011 efectivamente registró ante el Ministerio Justicia.

Tras conferir nuevo traslado al Fiscal, el 23 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Penal dictó Auto por el que denegó al penado tal petición de dejar en suspenso la ejecución de la pena durante la resolución del expediente de indulto, decisión que resultó confirmada en reforma el 10 de junio siguiente y en apelación el 5 de marzo de 2012.

d) El 8 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Penal ordenaba por providencia la detención e ingreso en prisión del penado, remitiendo oficio de igual fecha a la Policía Judicial para su ejecución. Tres días más tarde el penado solicitaba ante el órgano judicial un aplazamiento del ingreso en prisión fundamentado en la pendencia del expediente de indulto, lo que le fue denegado por providencia de esa misma fecha sobre la base del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordándose en ella estar «a lo dispuesto en la providencia de fecha 8 de marzo del corriente».

e) El 20 de marzo siguiente la representación del penado presentaba un nuevo escrito por el que, «siguiendo expresas instrucciones de su mandante» (sic) y en aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010, solicitaba del Juzgado de lo Penal la revisión de su condena, con el fin de que le fuera reconocida la atenuante de dilaciones indebidas, que dicha reforma legislativa había venido a introducir expresamente como tal en el artículo 21.6 del Código Penal.

f) El 11 de julio de 2013 el Juzgado emitía requisitoria reiterando la orden de detención e ingreso en prisión del penado, que trasladaba a la Policía Judicial mediante oficio de igual fecha. Ante el resultado negativo de las pesquisas dirigidas a la localización del penado con el fin anterior, por Auto de 2 de diciembre de 2013 el Juzgado lo declaró en situación de rebeldía procesal.

Entretanto, el Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 2013 denegaba el indulto al demandante de amparo.

g) El 4 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Penal dejó sin efecto la declaración de rebeldía, librando mandamiento de prisión dirigido al director del centro penitenciario de Huelva, en el que había sido localizado el demandante como interno, con el fin de que quedara retenido en el mismo en calidad de penado para el cumplimiento de la condena impuesta en la presente causa.

Ese mismo día la Audiencia desestimó la petición de revisión de condena amparada en la Ley Orgánica 5/2010.

h) Con fecha 11 de diciembre de 2013 el penado solicitó del Juzgado ejecutante que declarara prescritas las penas de prisión a las que fue condenado, estimando extinguida su responsabilidad criminal desde el 28 de junio de 2013, al haber sido condenado a dos penas de prisión catalogadas, por su duración, como «menos graves» y cuyo periodo de prescripción con fines de cumplimiento deviene a los cinco años, ex artículos 130.1.7 y 133.1 del Código Penal, si no se han producido circunstancias que justifiquen una interrupción del plazo señalado.

Una vez recibidas las alegaciones del Fiscal, oponiéndose a la apreciación de prescripción de la pena impuesta, por Auto de 20 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Penal desestimó la petición. Tras señalar las principales vicisitudes de la ejecutoria –en línea con las expuestas en estos antecedentes– y con apoyo expreso en la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 450/2012, de 24 de mayo, así como en diversos pronunciamientos procedentes de Audiencias Provinciales, la resolución judicial hace hincapié en las sucesivas peticiones de suspensión de condena cursadas por el solicitante, con sus respectivos recursos, que obligaban a la consiguiente respuesta judicial particularizada en cada caso, así como en las órdenes de ingreso en prisión decretadas, estimando a través de ello interrumpido el plazo de cinco años preceptivo para

entender prescritas las penas impuestas. En concreto, el Auto expresa lo siguiente:

«Son numerosas las resoluciones dictadas desde la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria y orientadas a intentar ejecutar las penas de prisión impuestas ... Pues lo son los autos denegatorios de los beneficios de la suspensión tanto ordinaria como extraordinaria de la pena (estos últimos fechados el 15 de octubre de 2009 y el 26 de febrero de 2010) y acordando ejecutar las penas, y lo es también por supuesto la providencia de fecha 8 de marzo de 2013 mediante la que se libraron mandamientos de prisión con la misma finalidad ejecutiva. Tales resoluciones sustanciales de ejecución de la pena tuvieron, en consecuencia, virtualidad interruptora del plazo prescriptivo, lo que conforme a la doctrina expuesta impide concluir que el plazo de inacción procesal de cinco años, necesario en orden a la prescripción interesada, haya transcurrido, debiendo en consecuencia estarse al trámite de ejecución en curso.» (FJ 3)

Y añade en su fundamento jurídico 5:

«Tales resoluciones denegatorias, que se dictaron dentro de unos plazos razonables atendido su contenido y preceptiva tramitación legal, determinaron una nueva interrupción del plazo prescriptivo, que habría comenzado a contarse de nuevo a partir de la firmeza del auto de fecha 26 de febrero de 2010, denegatorio del último beneficio interesado (a saber, el del artículo 87 del Código Penal), momento a partir del cual la pena habría resultado efectivamente ejecutable. Nunca antes, merced a las peticiones y recursos interpuestos por el propio interesado y a la falta de firmeza de la resolución ejecutiva. Nótese, por otro lado, que el Juzgado actuó con premura, tramitando incluso las dos peticiones a la par en vez de aguardar la desestimación de la primera para dar trámite a la segunda, tratando así de dar cierta respuesta al propósito dilatorio latente en ambas.

Como fuere, la naturaleza interruptiva de tales resoluciones impide concluir el efectivo transcurso del plazo legal de cinco años previsto en el artículo 134 del Código Penal, desestimándose en consecuencia la petición de prescripción de las penas impuestas a los efectos oportunos.»

i) El 10 de enero de 2014 la defensa del penado recurrió el Auto anterior, desestimándose la reforma por Auto de 17 de febrero de 2014 del Juzgado de lo Penal y la apelación por Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial (Sección Tercera). El primero de estos dos Autos no aprecia

razones por las que rectificar la resolución recurrida, que el Juzgado de lo Penal estima debe mantenerse en su integridad por sus mismos fundamentos, a los que «únicamente cabe agregar que, contra lo manifestado por el recurrente, y conforme a la jurisprudencia constitucional invocada, el condenado no estuvo a disposición de este Juzgado para la ejecución de las penas impuestas; muy al contrario, el 8 de marzo de 2013 –antes, por tanto, de la posible consumación de la prescripción, según la argumentación del recurso– se acordó por este Juzgado librar oficios a la Policía para proceder al ingreso en prisión del penado, sin resultado alguno al no ser éste habido. La defensa presentó, sin embargo, un escrito solicitando un aplazamiento del ingreso en prisión y, con fecha 21 de marzo de 2013, otro interesando la revisión de la sentencia condenatoria, declarándose con posterioridad».

El Auto de apelación se desmarca de la doctrina constitucional invocada por el recurrente (Sentencia del Tribunal Constitucional 187/2013, de 4 de noviembre), en tanto que vinculada a la pendencia de la decisión sobre una petición de indulto, que la Audiencia Provincial no considera aplicable al caso. Estima, por último, que las actuaciones no han sufrido paralización determinante de prescripción «toda vez que desde que la sentencia condenatoria devino firme el 13 de julio de 2008 se han venido realizando actuaciones de contenido, y no de mero trámite, encaminadas a determinar la procedencia de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de suspensión», haciendo expresa mención de las distintas resoluciones dictadas a tal fin. Y concluye: «Con todas estas resoluciones, provocadas por las peticiones del propio penado, se interrumpe la prescripción, que no puede ni comprenderse ni computarse de manera mecanicista como mero transcurso del tiempo, sino que necesita de la inacción procesal para desplegar sus efectos» (FJ 1 in fine).

j) El 18 de julio de 2014 el Juzgado ejecutante aprobaba la propuesta de liquidación de condena efectuada por el Secretario Judicial, señalándose el 30 de noviembre de 2018 como fecha de extinción de la misma. En un posterior Auto de 16 de septiembre de 2014, acordó la acumulación de las condenas que gravitan sobre el demandante en las ejecutorias núm. 447-2008 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva y núm. 198-2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huelva, señalando como fecha de extinción común a ambas el 28 de marzo de 2021.

3.- Con fecha 11 de junio de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal la demanda por la que el recurrente en amparo estima

vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), que relaciona con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española).

El demandante parte de la doctrina establecida por este Tribunal en sus Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre; 109/2013, de 6 de mayo; 187/2013, de 4 de noviembre, y 192/2013, de 18 de noviembre, para sostener que la motivación que ofrecen las tres resoluciones judiciales por las que se le denegó, primero, y confirmó, después, tener por prescritas las penas de prisión impuestas no superan el canon constitucionalmente exigible en estos casos, pues introducen causas de interrupción de la prescripción distintas de las expresamente previstas en el artículo 134 del Código Penal, que simplemente se refiere al inicio del efectivo cumplimiento de la pena desde la firmeza de la sentencia o bien, en su caso, desde el quebrantamiento de la condena si aquél se hubiera iniciado. Entiende el demandante manifiestamente incoherente con la norma aplicable, así como ajeno a los fines de la prescripción de la pena, que ambos órganos judiciales otorguen efecto interruptor del plazo a las diversas resoluciones dictadas en la ejecutoria de la que trae causa la petición de amparo, bien con un contenido negativo al resolver en forma desestimatoria las distintas formas de suspensión de la condena privativa de libertad solicitadas por el demandante, bien en un sentido positivo al ordenar su busca y captura, siendo así que no figuran como tales en el único precepto legal de cobertura.

De este modo, su responsabilidad criminal por los hechos objeto de condena habría quedado extinguida el 29 de junio de 2013, fecha en la que habrían transcurrido los cinco años de plazo que, en función de la gravedad de las penas concretamente impuestas, resultaba de aplicación, ex artículos 133.1 y 134 del Código Penal.

4.- El 27 de abril de 2015 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando en el mismo especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al plantear la demanda un problema o afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 a)).

Dirigió, asimismo, atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, con el fin de que remitiera certificación o copia averada del rollo de apelación núm. 199-2014. Constando en autos testimoniada la ejecutoria núm. 445-2008, acordó también dirigir oficio al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva a los solos efectos de emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento de procedencia, por si desearan comparecer en el presente recurso.

Decidió, finalmente, la suspensión cautelar de la ejecución de la pena, toda vez que en otro caso podría seguirse para el demandante un perjuicio de imposible o muy difícil reparación, ordenando al tiempo la formación de pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión. Despachados los trámites oportunos, por Auto de 25 de mayo de 2015 este Tribunal acordó mantener dicha suspensión.

5.- El Ministerio Fiscal cumplimentó el trámite de alegaciones mediante escrito presentado el 3 de julio de 2015, interesando la estimación del amparo por considerar de aplicación la doctrina recientemente establecida por este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, que aborda un supuesto similar. Conforme a ella, los razonamientos esgrimidos en los tres Autos objeto de recurso serían contrarios al canon de motivación exigible al apartarse de la normativa legal de aplicación (artículo 134 del Código Penal), que no incluye como causas interruptoras del plazo de prescripción de la pena ninguna de las concretamente atendidas a tal fin tanto por el Juzgado de lo Penal como por la Audiencia Provincial. Así, en cuanto a las distintas resoluciones dictadas en orden a resolver cada petición suspensiva cursada por el penado, subraya el Fiscal que la mera emisión de tales resoluciones, no conforman en sí mismas causas interruptoras del plazo. Igual consideración le merece la especial relevancia que, como argumento de refuerzo, se otorga en la instancia al escaso fundamento de cada concreta solicitud, lo que considera que tampoco colma la motivación exigible en estos casos. A análoga conclusión llega respecto de las órdenes de busca y captura, en la medida en que ninguna de ellas comportó el efectivo ingreso en prisión del penado para el cumplimiento de la pena firme y ejecutoria.

Estima, por ello, lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (artículo 24.1 de la Constitución Española), vulneración que a su vez incide en su derecho a la libertad y a la legalidad penal (artículos 17.1 y 25.1 de la Constitución Española). Razones por las que, de acuerdo

con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, interesa que se anulen los tres Autos impugnados y se acuerde la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera resolución, con el fin de que por el Juzgado de lo Penal concernido se dicte otra respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

6.- El recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones el 9 de julio de 2015, remitiéndose en esencia al contenido de su demanda, cuyos argumentos de fondo dio por reproducidos.

7.- Por providencia de 28 de enero de 2016 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de febrero del mismo año.

II.- Fundamentos jurídicos

1.- Se interpone el presente recurso de amparo contra los Autos de 20 de diciembre de 2013 y 17 de febrero de 2014, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva en la ejecutoria núm. 445-2008, así como contra el Auto de 2 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera), desestimatorio del recurso de apelación interpuesto frente a los anteriores, que rechazaron la solicitud formulada por el demandante de declaración de la prescripción de las penas de tres años y dos años que le habían sido impuestas por Sentencia firme que devino ejecutoria el 31 de julio de 2008.

En los antecedentes han quedado expuestas con detalle las actuaciones que tuvieron lugar desde la firmeza de la Sentencia, tanto en cuanto a las denegaciones de las solicitudes del demandante respecto a la concesión de la suspensión condicional de la pena, como a la denegación del aplazamiento del ingreso en prisión durante la tramitación de la solicitud de indulto, y otras incidencias consistentes en requisitoria judicial de búsqueda y detención que no lograron su cometido, hasta finalmente el mandamiento de prisión de fecha de 4 de diciembre de 2013 que se hizo efectivo en el centro penitenciario en el que se encontraba el recurrente ingresado por otra causa.

A juicio del demandante, las resoluciones judiciales impugnadas infringen su derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la li-

bertad y a la legalidad penal (artículos 24.1, 17.1 y 25.1 de la Constitución Española) al haber apreciado como causas de interrupción de la prescripción de la pena supuestos no previstos en el artículo 134 del Código Penal. Lo cual se aparta de la doctrina constitucional establecida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, 109/2013, de 6 de mayo, 187/2013, de 4 de noviembre, y 192/2013, de 8 de noviembre, de las que se desprende que, dado el tenor del art 134 del Código Penal, el transcurso del plazo de prescripción de la pena sólo se interrumpe cuando se inicia el cumplimiento de ésta.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, entendiendo efectivamente vulnerados los derechos que se invocan sobre la base de los argumentos anteriormente expuestos en esta resolución, coincidentes en líneas generales con los expresados por el demandante.

2.- Como paso previo al examen de fondo del recurso de amparo, hemos de referirnos a las razones de su admisión a trámite, apuntadas en la providencia de 27 de abril de 2015, en el sentido de apreciar que la demanda viene a plantear un problema vinculado a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina previa de este Tribunal (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 a)).

Precisión que formulamos en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015, dictada en el caso Arribas Antón c. España (§ 46), exige explicitar no solamente los criterios de definición del requisito de la especial trascendencia constitucional (a tal efecto, esencialmente, la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009), sino también su aplicación en los asuntos que se admiten a trámite, con el fin de asegurar con ello una buena administración de la Justicia (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2015, de 20 de julio, FJ 1, y posteriores).

Las particularidades del caso permiten a este Tribunal consolidar la doctrina iniciada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, en un supuesto con notables semejanzas al presente. La citada Sentencia, al ser de fecha posterior a las resoluciones impugnadas en la demanda de amparo, no pudo ser conocida por los órganos judiciales que las dictaron, como tampoco por el recurrente al presentar la demanda. Por ello, el actual supuesto permite a este Tribunal reforzar la doctrina allí señalada, garantizando su mejor cumplimiento al abundar en sus parámetros

generales y en su concreción aplicativa, en los términos que luego se verán (Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2015, de 5 de octubre). Tales circunstancias dotan a la demanda de amparo de trascendencia constitucional a estos efectos (artículos 49.1 y 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

3.- La impugnación sustancial del presente recurso versa sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) en relación a los supuestos de interrupción del plazo de prescripción de una pena, atendiendo a las previsiones que el propio Código Penal establece al efecto en su artículo 134. El recurrente aduce, asimismo, que se ha producido lesión de la tutela judicial por apartamiento del canon de motivación exigible en esta materia, alegación que comparte el Ministerio Fiscal.

Con carácter preliminar procede recordar que –como se señalaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, por remisión a las Sentencias del Tribunal Constitucional 47/2014, de 7 de abril, y 37/2010, de 19 de julio, entre otras– el instituto de la prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi en consideración a los incidencia que tiene el transcurso de un determinado tiempo en las funciones y fines de la intervención penal, así como por razones de seguridad jurídica que conducen a fijar un límite temporal para que no se dilate indefinidamente la incertidumbre de la inculpación o de la persecución penal. Fundamentos que explican el instituto de la prescripción en el ámbito punitivo en general, pero que requieren ciertas precisiones a efectos de diferenciar la prescripción de la acción penal –o prescripción del delito– frente a la prescripción del cumplimiento de la pena adjudicada en sentencia condenatoria. La prescripción del delito opera como obstáculo procesal que impide la investigación judicial, y por ello puede decirse que la sociedad –en decisión del legislador que le representa– renuncia al ius puniendi, renuncia a una investigación tardía del delito y exime de responsabilidad penal a los eventuales responsables, por razones pragmáticas y jurídicas. Por el contrario, la institución de la prescripción de la pena se sitúa temporalmente en el espacio posterior al efectivo enjuiciamiento de los hechos y a la declaración de responsabilidad criminal, por lo que en esta vertiente de la prescripción no se produce en sentido estricto una renuncia al ius puniendi, sino una renuncia a una ejecución tardía de la pena. Diferencias que tiene su reflejo en el distinto tratamiento que la ley establece para ambos supuestos en cuanto a su alcance, requisitos y efectos, aspectos

de configuración legislativa que sirven a la garantía de seguridad jurídica como sustrato del derecho fundamental a la legalidad (artículo 25.1 de la Constitución Española).

Al igual que en la regulación de la prescripción del delito, la concreta regulación de la prescripción de la pena constituye una opción de política criminal del legislador, quien debe fijar las peculiaridades de su régimen jurídico y decidir sobre la clase de delitos y de penas que quedan sometidos al régimen de prescripción, en qué condiciones, con qué plazos, y cómo deben computarse éstos. Una vez configurado normativamente el alcance de la prescripción, la aplicación de la previsión legal no puede entenderse como lesión o merma del derecho a la acción penal o del derecho a la persecución penal del delito que aleguen las partes acusadoras (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings* y otros c. Reino Unido, §§ 46 y ss.). Del mismo modo que las peculiaridades del régimen jurídico de la prescripción, así determinado, no pueden considerarse, en sí mismas, lesivas de ningún derecho fundamental de los acusados (en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y otras posteriores, así como a la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril, FJ 3, referida a un caso prácticamente idéntico al que nos ocupa).

Conforme a consolidada doctrina constitucional, reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, la apreciación de la prescripción en cada caso concreto, como causa extintiva del cumplimiento de la pena conforme a la previsión legal, es una cuestión de legalidad ordinaria, carente por su propio contenido de relevancia constitucional. Cuestión distinta es que la concreta decisión judicial que aprecia o rechaza la prescripción ignore los términos de la norma aplicable o no se ajuste al canon de motivación constitucionalmente exigible, en cuyo caso esa resolución será susceptible de impugnación a través de recurso de amparo. Impugnación que este Tribunal deberá examinar tanto desde el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) como desde el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), con repercusión última en ambos casos en el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española; Sentencias del Tribunal Constitucional 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10, y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, desde el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) resultará conculcada la libertad «tanto cuando se actúe bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2). Los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deberán ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5). Debe tenerse en cuenta que puede haber interpretaciones que, aunque respondan a una racionalidad acorde con un determinado entendimiento que el Juzgador considere asumible, en tanto se separen o desconozcan los estrictos términos de la previsión legal y de la racionalidad legislativa que la sustenta, se convierten en interpretaciones irracionales e incoherentes por vulneradoras de las estrictas garantías de la motivación en el marco de la legalidad penal. No puede eludirse la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de lesión en los señalados derechos fundamentales cuando la interpretación judicial de la norma reguladora de la prescripción de la pena, suponga una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, FJ 3; y otras posteriores recogidas en la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, FJ 3). El control de la prescripción de la pena en sede constitucional partirá, por tanto, de la prohibición de interpretaciones contra legem, y de interpretaciones extensivas in malam partem.

Es, asimismo, doctrina del Tribunal que, dada la trascendencia de los valores constitucionales y derechos fundamentales concernidos, cuando entre en juego la libertad personal el control de la resolución impugnada amparado en la tutela judicial efectiva actuará bajo el canon de la motivación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución Española). La decisión judicial deberá así razonar los elementos tomados en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a la prescripción de la sanción penal respetando, al propio tiempo, los fines que dicho instituto persigue (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; y 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). El estándar de motivación aplicable a estos casos será, pues, especialmente riguroso, debiendo abarcar tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre –o no– el supuesto pre-

visto en la ley, como el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; seguida entre otras, por Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005).

4.- El artículo 134 del Código Penal en la redacción entonces vigente para su aplicación al presente caso, decía textualmente: «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse».

El precepto parte lógicamente de lo que constituye el presupuesto natural para que pueda entrar en juego el instituto de la prescripción, que no es otro que el transcurso del tiempo sin que haya empezado a ejecutarse la pena impuesta, independientemente de la razón de esa tardanza, sea por elusión de la orden judicial o huida de la justicia, sea por posposición del inicio de la ejecución por otras razones, incluidas las previstas en la ley. El inicio del cumplimiento de la pena es por tanto la primera causa natural de interrupción de la prescripción, cuando por alguna razón se hubiera producido una tardanza. Tardanza a computar a partir de la fecha de la sentencia firme, fecha que, como explicita el artículo 134 del Código Penal, determina el arranque del plazo de la prescripción. En caso de quebrantamiento de la pena que ya estaba cumpliéndose, vuelve a entrar en juego el cómputo de los plazos a efectos de la eventual prescripción.

Este Tribunal, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4, ya descartó que la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto –como también de un recurso de amparo– despliegue un efecto interruptor sobre el plazo señalado a la prescripción de la pena, poniendo de relieve la carencia de específica previsión legal al efecto, en la medida en que el artículo 134 del Código Penal se limita a indicar como dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la pena la fecha en que la Sentencia deviene firme o bien aquélla en que la condena es quebrantada.

De acuerdo con la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, «la contemplación de nuevas causas interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del Código Penal de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, 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' (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas 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 aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical.» (FJ 5).

La doctrina anterior es reiterada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, 152/2013, de 9 de septiembre, 187/2013, de 4 de noviembre, 192/2013, de 18 de noviembre, 49/2014, de 7 de abril, y 63/2015, de 13 de abril, en las que se insiste en que en el ámbito de ejecución de la pena no cabe hablar de otras formas de interrupción de la prescripción de la pena o de supuestos de reinicio del cómputo del plazo distinto al del quebrantamiento de condena; el actual Código Penal no contempla otras causas de interrupción, a diferencia del anterior Código Penal de 1973 que contemplaba la comisión de un nuevo delito como causa interruptiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4; 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4, y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3).

De ahí que este Tribunal haya determinado, desde la perspectiva constitucional aludida y bajo la vigencia del citado tenor del artículo 134 del Código Penal, que los actos de emplazamiento o las órdenes concernientes a la ejecución de la pena, en tanto no determinen el inicio de su cumplimiento, in natura o como sustitutivo, carezcan de relevancia interruptora de la prescripción (Sentencia del Tribunal Constitucional 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5; y posteriores; y, de forma particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, FJ 5). Precisamente por apreciar que se trataba de supuestos de cumplimiento sustitutivo, tal y como había adelantado este Tribunal en Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5, destacó la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2014, de 28 de mayo, FJ 3, in fine, y reiteró la Sentencia del Tribunal Constitucional

180/2014, de 3 de noviembre, FFJJ 2 y 3, que la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, no resulta directamente trasladable a aquellos supuestos de paralización de la ejecución natural de la pena derivados de cuantas formas alternativas de cumplimiento reconoce expresamente el legislador, dada su diferente naturaleza jurídica y efectos. Tal es el caso de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad previstas en los artículos 80 y ss. del Código Penal, figuras que han sido calificadas como formas de cumplimiento sustitutivas o alternativas a la pena de prisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5, y 63/2015, de 13 de abril, FJ 5).

5.- En el presente caso, se otorga efecto interruptivo de la prescripción de la pena a aquellas decisiones judiciales que sucesivamente denegaron al demandante un cumplimiento alternativo a la prisión, en las diversas modalidades legalmente previstas y progresivamente solicitadas por éste. Asimismo, a las órdenes de busca y captura para su detención e ingreso en prisión, que devinieron de imposible ejecución hasta que se constató su presencia en el centro penitenciario de Huelva, por orden cursada en diferente procedimiento. En ningún momento se inició, por tanto, la ejecución de las penas de prisión cuya prescripción es objeto del presente amparo.

Tal y como se ha hecho constar en los antecedentes, después de dictarse Sentencia condenatoria y de declararse su firmeza, por Auto de 1 de octubre de 2008 se desestimó una primera solicitud de suspensión de la pena privativa de libertad, disponiéndose el cumplimiento de las penas impuestas, lo cual sin embargo no se llevó a término. A ello siguieron una solicitud de sustitución extraordinaria (artículo 87 del Código Penal) y una petición de suspensión durante la tramitación del indulto, con igual resultado judicial desestimatorio e idéntica oposición del inicio de la ejecución de ambas penas de prisión durante la tramitación y resolución de los recursos interpuestos frente a cada decisión. Mediante dos mandamientos judiciales posteriores, de 8 de marzo y 11 de julio de 2013, el órgano judicial dispuso la detención e ingreso en prisión del penado, mandato que en ambos casos quedó frustrado hasta el 4 de diciembre de 2013, fecha en la que el demandante fue finalmente localizado, dictándose en ese momento su retención penitenciaria en calidad de penado para el cumplimiento de las penas aquí impuestas.

El demandante sostiene que las resoluciones recurridas en amparo, desestimatorias de su pretensión de entender prescritas las penas de prisión por el simple transcurso del plazo fijado legalmente, contravienen la

doctrina establecida por este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, y reiterada en otras posteriores. En ellas, como hemos visto, este Tribunal consideró inconstitucional la ampliación de las causas de interrupción de la pena a supuestos no recogidos en el tenor del precepto aplicable y, por ello mismo, su extensión a la tramitación del indulto. La doctrina así instituida conforme a las exigencias de la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) resulta, en efecto, aplicable al periodo afectado por la petición del demandante, lo cual conduce al otorgamiento del amparo.

Las distintas y sucesivas resoluciones judiciales que denegaron al demandante cada forma de cumplimiento alternativo se limitaron a decidir sobre su solicitud, sin comportar en momento alguno una efectiva ejecución de las penas de prisión impuestas al recurrente en amparo. Por tal motivo, el razonamiento judicial que vino a entender interrumpida la prescripción de estas penas por el mero dictado de las referidas decisiones judiciales se basa en una hipótesis ajena al artículo 134 del Código Penal. De igual modo, los argumentos postulados en ambas instancias judiciales como «de refuerzo», tales como la escasa solidez de lo interesado en cada ocasión o la prontitud en la respuesta judicial, no guardan conexión con el tenor del criterio legalmente aplicable, que no admite dudas sobre el inicio del plazo de prescripción y sobre el eventual reinicio del cómputo en supuesto de quebrantamiento, que no es el caso.

Las distintas líneas argumentativas utilizadas en las resoluciones impugnadas para dar sustento a cada decisión contraria a la prescripción no se ajustan a la legalidad aplicable. El intento o conato de ejecución al que alude el Juzgado de lo Penal no guarda equivalencia con el inicio efectivo de ejecución exigido en el artículo 134 del Código Penal. Tampoco la premura judicial en la respuesta ofrecida a cada petición es un parámetro de referencia a efectos de interrupción del cómputo del plazo, si no conlleva en paralelo un auténtico comienzo del cumplimiento de la pena, que las propias resoluciones recurridas descartan.

Afirmar, como hace la Audiencia Provincial que «[c]on todas estas resoluciones, provocadas por las peticiones del propio penado, se interrumpe la prescripción, que no puede ni comprenderse ni computarse de manera mecanicista como mero transcurso del tiempo, sino que necesita de la inacción procesal para desplegar sus efectos», supone crear ex novo una causa de interrupción no prevista en la norma. Dicha interpretación deviene

arbitraria por opuesta a la legalidad aplicable y lesiona, en tal medida, el artículo 25.1 de la Constitución Española. Desatiende a su vez el canon de motivación exigible (artículo 24.1 de la Constitución Española), que debe comenzar por respetar el contenido del precepto penal. Repercute, en último término, en el derecho a la libertad personal del demandante (artículo 17.1 de la Constitución Española).

6.- Los razonamientos expuestos, de conformidad con el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conducen a estimar el recurso de amparo por vulneración del artículo 25.1, conectado asimismo a los artículos 24.1 y 17 de la Constitución Española. El restablecimiento al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados debe conducir a la anulación de los tres Autos impugnados, y a la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva del Auto de 20 de diciembre de 2013, que desestimó la petición de prescripción de las penas de prisión interesada por el recurrente, para que dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Fallo

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por J.B.L.R., y en su virtud:

1.º Declarar vulnerado su derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española).

2.º Restablecer sus derechos y, a tal fin, anular los Autos dictados el 20 de diciembre de 2013 y el 17 de febrero de 2014, por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Huelva en la ejecutoria núm. 445-2008, así como el Auto dictado el 2 de mayo de 2014 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva en el rollo de apelación núm. 199-2014.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las mencionadas resoluciones para que se dicte otra respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL N° 4 DE HUELVA DE FECHA 29-12-2015

Hechos

PRIMERO.- La representación del penado J.B.L.R. interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 12 de junio de 2015 por el que se desestima la queja formulada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n° 6 de Andalucía.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del mismo, en informe obrante en autos.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a este juzgado, se tramitan las presentes, habiéndose practicado las que figuran en autos y cuyo contenido se da aquí por reproducido en aras a la brevedad.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por el penado J.B.L.R. se formuló queja solicitando nueva refundición de las condenas impuestas al mismo. Mediante Auto de 12 de junio de 2015 se desestimó la queja formulada y contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación. Alega el recurrente, al plantear el de apelación, que procede aplicar a la ejecutoria 198/11 del Juzgado Penal 1 de Huelva los días pasados en prisión en la ejecutoria 445/08 del Juzgado Penal 4 de Huelva de la misma ciudad, cuya ejecución se encuentra suspendida.

Por el Ministerio Fiscal se impugna el citado recurso, alegando que no procede abonar el tiempo pasado en prisión en la citada ejecutoria por dos razones, en primer lugar porque se trata de privación de libertad definitiva, no provisional, y en segundo lugar porque en la causa en que se impuso dicha privación de libertad recayó sentencia condenatoria, por lo que es en ésta en la que deben ventilarse los abonos que procedan.

SEGUNDO.- Tal y como se hace constar en la resolución recurrida y en el Informe del Ministerio Fiscal, no puede prosperar el recurso interpuesto.

Efectivamente, tal y como alega el Ministerio Fiscal el artículo 58 del Código Penal prevé el abono del tiempo que el penado haya pasado en prisión provisional en la causa en que fue acordada y, posteriormente, en causa distinta. Por tanto se trata en ambos casos del abono de tiempo pasado en prisión provisional, no del tiempo que se haya pasado privado de libertad en cumplimiento de la pena impuesta. Pero es que aquí se solicita que se le abone en otra causa el tiempo que ha pasado en cumplimiento material por una pena impuesta por sentencia, cuya suspensión cautelar se ha acordado por el Tribunal Constitucional. Será en dicha causa, una vez resuelto el recurso de amparo interpuesto y en función del sentido de dicha resolución, en la que habrá de abonarse en su caso el tiempo transcurrido, pero no desde luego en otra diferente.

Así las cosas, debe desestimarse el recurso interpuesto, considerándose ajustada a derecho la resolución impugnada cuyos fundamentos se dan por reproducidos de forma expresa, debiendo ser confirmada en sus propios fundamentos.

Parte dispositiva

Desestimo el recurso de apelación interpuesto por la Representación del penado J.B.L.R.

40.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 18/03/16

Limitación del uso de calefacción.

Hechos

Único.- Por el interno A.F.A. se interpuso recurso de Reforma contra el Auto de este Juzgado de fecha 11-12-2015. Remitido expediente al Miste-

rio Fiscal por éste se informó en el sentido de que procedía desestimar el recurso.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Por el interno en el recurso sustanciado no se alegan hechos o fundamentos jurídicos distintos a los tenidos en cuenta al tiempo de dictarse la resolución recurrida que debe ser confirmada con la consecuente desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- En el marco de una necesaria racionalización del gasto, –en el cual ocupa una partida importante la partida del consumo de gasoil para calefacción–, y atendiendo a criterios generales del Centro Directivo, el área administrativa del Centro en coordinación con la subdirección médica, han acordado limitar ésta temporada de invierno la calefacción al módulo sanitario al de aislamiento (al ser el más frío), comunicaciones, salas vis a vis, talleres ocupacionales de los módulos y dependencias del módulo socio-cultural. El resto de dependencias únicamente dispondrán de calefacción en caso de especiales circunstancias climatológicas.

En cualquier caso los internos disponen de cuantas mantas estimen convenientes, habiendo sido muy escasas las peticiones hasta fecha actual.

En casos en que patológicamente se recomienda para el interno unas concretas medidas de acondicionamiento climático se produce a criterio médico el traslado al módulo de enfermería.

Se considera que la actuación del Centro es ajustada a derecho y no vulnera lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En virtud de los expuesto.

Dispongo:

Se acuerda la desestimación del recurso y la confirmación del Auto recurrido de fecha 11-12-2015.

41.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 13/10/16

Se desestima la queja sobre negativa del interno a limpiar por estar en huelga de hambre.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, J.M.P.R., denuncia a uno de los funcionarios del Centro por malos tratos e interesa no realizar la limpieza de la galería por encontrarse en huelga de hambre.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en el sentido que obra en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- El interno denuncia a uno de los funcionarios del Centro por malos tratos e interesa no realizar la limpieza de la galería por encontrarse en huelga de hambre.

El interno expone en su escrito que sus Letrados han presentado denuncia en el Juzgado de Guardia de Soria contra el funcionario por los hechos relatados en el párrafo precedente, en consecuencia, ninguna actuación procede por este Juzgado.

Con relación a la huelga de hambre del interno, en este Juzgado se sigue expediente ASA 41/16 donde se reciben los informes solicitados a la Dirección del Centro.

Por último, respecto de su petición de no realizar la limpieza de la galería por encontrarse en huelga de hambre, de la documentación que obra en autos resulta que cuando se le ha ordenado su realización (4 y 16 de septiembre) ha sido porque los Servicios Médicos del Centro han informado de que podía realizarla porque su pérdida de peso había sido mínima y hacía vida normal en el módulo, en consecuencia, no se aprecia abuso, ni desviación de poder en la actuación de la Administración que deba de ser corregida por este Juzgado.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMAN las peticiones del interno J.M.P.R., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

42.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 17/03/16

Estimación de queja sobre gastos de traslado de televisor.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el interno del Centro Penitenciario de referencia A.R.R. se formuló queja ante este Juzgado sobre abono de gastos del traslado de televisión.

SEGUNDO.- Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación de la queja.

Razonamientos jurídicos

Único.- A la vista de los informes obrantes en autos, el interno ha formulado una queja solicitando el traslado de una televisión del Centro de cumplimiento de Albacete al de Ocaña II, lo que se entiende ajustado a derecho; dado que, de la documental aportada se desprende claramente que el mismo ha sido trasladado allí, teniendo derecho al traslado de sus pertenencias, debiendo de correr con los gastos si su peso excediera de 25 Kg., dato que no ha sido facilitado por el Centro, todo lo cual determina que, si sus pertenencias pesaron menos debe correr el Centro con los gastos y si fue más, el interno, y si sobrepasa en parte, se abona en la misma proporción por lo que, en tal sentido, dicha queja deba admitirse por los motivos expuestos.

En atención a lo expuesto

DISPONGO: Estimar la queja planteada por el interno A.R.R., en el sentido de entender que el traslado del televisor de su propiedad al Centro Penitenciario de Ocaña II debe de ser abonado por el Centro de Albacete, según lo determinado, al no constar que sus pertenencias excedieran los 25 kg. de peso.

43.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 1 DE PALMA DE MALLORCA DE FECHA 01/12/16

La retención por motivos disciplinarios no implica violación de ningún derecho fundamental.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Se presentó denuncia por el Letrado en representación de M.S.V. por delito de detención ilegal.

SEGUNDO.- Se han practicado las diligencias que se tuvieron por conveniente para la averiguación de la naturaleza penal de los hechos y la personas o personas presuntamente responsables de los mismos.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- En el escrito de denuncia se afirma que M.S.V. en fecha 28 de septiembre de 2016 acudió al programa de la cadena de televisión IB3, programa “Dues Voltes” para denunciar las supuestas violaciones de derechos fundamentales que se llevaban a cabo en el Centro Penitenciario de Palma de Mallorca. Se afirma que como represalia por dicha actuación, el Jefe de Servicios del CIS “Joaquín Ruiz Cortes” de Palma, ubicado en la calle Son Sastre. n° 2 bajo, ordenó su retención injustificada en el centro, sin posibilidad de desarrollar su vida ordinaria hasta que el Director del mismo se entrevistase con ella. Impidiéndola salir al trabajo diurno que venía ejerciendo hasta esa fecha. Se considera que dichos hechos pueden constituir un delito de detención ilegal del artículo 167 del Código Penal.

SEGUNDO.- En el caso de autos se comprueba, con las diligencias practicadas, documental unida a las actuaciones, que la denunciante, M.S.V. fue condenada en sentencia firme, comenzó a cumplir condena y pasó al tercer grado en fecha 11 de febrero de 2016, grado de cumplimiento que se ejecuta en el CIS antes comentado, en donde se permiten salidas a la interna para acudir a un trabajo remunerado en la empresa Bimont. Como consecuencia de las declaraciones efectuadas por la interna ante el medio de comunicación referido, en fecha 28 de septiembre de 2016, y debido a la gravedad de las mismas y a la difusión que tuvieron en otros medios de comunicación, solicitó la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que se practicara una información reservada, que se abrieron con el número 124/16: con la consiguiente toma de declaración de la interna por el Director del CIS, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 285.1.5ª del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, que señala que es competencia del Director del Centro de Inserción Social llevar a cabo cuantas tareas o cometidos le atribuya el centro directivo en relación con sus funciones como responsable del centro penitenciario”. Por este, motivo se acordó

que en esa fecha no saliese la interna del centro hasta que se le tomase declaración sobre dichos hechos. Consta que una vez recibida dicha declaración, que se practicó el 30 de septiembre de 2016 a las 10 horas, no efectuándose el día anterior, 29 de septiembre para respetar el descanso nocturno de la interna, y sin perjuicio del trámite que debía seguir la información reservada, la interna recuperó en los días sucesivos su horario habitual, pudiendo acudir de nuevo a su trabajo.

TERCERO.- La cuestión planteada no puede considerarse como constitutiva de un delito de detención ilegal, ya que no se trata de una privación de libertad injustificada, sino de una cuestión que afecta al régimen penitenciario de la interna, la cual, no puede olvidarse que se hallaba cumpliendo condena penal por una sentencia firme y sometida, por ende, al régimen y legislación penitenciaria vigente. De esta forma, el propio artículo 86-1° del Reglamento Penitenciario, señala que “los internos podrán salir del establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social”, sin que lo anterior tenga carácter imperativo, sino potestativo, sometido ello a las diferentes incidencias que se puedan producir en el caso concreto y en la conducta del interno en cuestión, como mal comportamiento penitenciario, incumplimiento de órdenes penitenciarias, etc. En el caso, ya constaba en el expediente de la interna, al menos, tres incidencias desde su último ingreso de “resistencia pasiva a órdenes” en fechas 18 de diciembre de 2013 y 8 de septiembre y 6 de octubre de 2015, así como una privación de permisos por calumnias e injurias en fecha 28 de septiembre de 2016. La interna, que como se dice estaba cumpliendo una condena y sometida al régimen penitenciario, no estaba en situación de total libertad, sino de semilibertad penitenciaria, y no consta que haya puesto en conocimiento del CIS ni de la Dirección del Centro Penitenciario que iba a acudir a un programa de televisión, cuando las salidas que se le permitían eran para desarrollar un trabajo remunerado. La interna, cuando fue pasada a tercer grado e ingresó en el CIS, había asumido unas obligaciones de compromiso de conducta que firmó en dicho momento, y que le obligaban a comunicar las ausencias a su puesto de trabajo en horario habitual, motivo por el que la Junta de Tratamiento en fecha 5 de octubre de 2016 acuerda apercibir verbalmente a la interna del deber de cumplimiento de sus obligaciones conforme a dicho código de conducta. No se le privó de su libertad de movimientos en el presente caso, sino que se le restringieron las salidas en horario ha-

bitual para poder instruir una información reservada acerca de los hechos sucedidos y por la gravedad de sus manifestaciones, recuperando su horario habitual una vez que se le tomó manifestación al respecto. Se trata, pues, de una mera cuestión administrativa de régimen penitenciario, sin que se haya cometido en el presente supuesto un delito de detención ilegal del artículo 167 del Código Penal.

CUARTO.- El artículo 167 del Código Penal, precepto en el que se sustenta la denunciante, viene a castigar a la autoridad o funcionario público que fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores. Es decir, dada la referencia hecha al 163.1 Código Penal, el encerrar o detener a otro privándole de su libertad. Se trata de un delito especial, donde el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario público, cualidad que resulta obvia en el funcionario denunciado, Director de un C.I.S. Lo expuesto conduce a estimar que no incurrió con su conducta el denunciado. Sr. Director del CIS, en la infracción penal por la que viene denunciado, pues la conducta del funcionario es meramente cumplidora de la normativa penitenciaria vigente. Además la restricción de movimientos de la denunciante ha sido parcial y brevísima en el tiempo y como señala el Tribunal Supremo, en numerosas resoluciones, entre las que cabe mencionar la Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2012 “resulta desproporcional entender que se ha cometido un delito de detención ilegal por la autoridad cuando la acción consiste en una transitoria y breve privación de libertad con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de una persona a otra que también es agente de la autoridad”.

Vistos los preceptos legales citados y demás aplicables.

Parte dispositiva

En vista de lo expuesto debo sobreseer libremente las presentes actuaciones en virtud de los artículos 637.2º y 779,1.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender que los hechos denunciados no son constitutivos de delito alguno, sino meramente de una cuestión de régimen penitenciario.

44.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 01/12/16

Estimación de recurso de apelación respecto a retención de fotografías periodísticas.

I.- Antecedentes de hecho

1.- El 8/6/2016, en el expediente reseñado, relativo a la interna A.B.E.G., fue dictado auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en que desestimó la queja formulada sobre retención de fotos, y recurrido en reforma fue confirmado por auto de 15/7/2016.

2.- Por la letrada, en defensa de la interna, se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

Seguidamente las actuaciones se remitieron a este Tribunal, se incoó este rollo que fue turnado a ponente y, previa deliberación y votación, se ha adoptado la presente resolución.

II.- Fundamentos jurídicos

I.- El Director del Centro de Córdoba decidió retener un recorte de periódico incautado en un cacheo rutinario de la celda de la interna A.B.E.G. La razón alegada era que en las imágenes aparecía una expresión (“Euskal preso eta iheslariak etxera”, presos y represaliados vascos a casa). Según el auto impugnado, que recoge la motivación del acto administrativo, esa expresión es coincidente con la ideología y los fines de la organización terrorista ETA.

La interna presentó queja alegando que el recorte periodístico le había sido entregado en una comunicación familiar, previamente retenido en el Departamento de Seguridad, finalmente le fue devuelto, razón por la que no entiende esa posterior intervención.

2.- En la resolución impugnada no se hace la debida ponderación de los derechos y valores en conflicto para justificar una intromisión en los derechos fundamentales de las personas presas. Es por ello necesario recordar el marco constitucional y legal de la intervención y suspensión de una comunicación. Aunque en el auto no se dice, de la queja se infiere que las fotos habían sido entregadas por sus familiares en el Centro para que le fueran entregadas, por lo que estaríamos en el contexto de comunicaciones similares a las postales que se acompañan de imágenes de familiares y amigos. Respecto al marco legal, la premisa es que al condenado a penas de prisión gozará de los derechos fundamentales no afectados por la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, de tal manera que podrán ejercer sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales salvo que fuesen incompatibles con el cumplimiento de la pena. El artículo 18.3 de la Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones postales. El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria señala que los internos estarán autorizados a comunicar periódicamente de forma escrita con familiares, salvo que estuvieran incomunicados. El artículo 46.4 del Reglamento Penitenciario establece que la correspondencia que reciban los internos le será entregada una vez abierta por el funcionario para comprobar que no contiene objetos prohibidos. Las comunicaciones no tendrán más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden del establecimiento (artículo 51 de la Ley y 41 del Reglamento).

3.- Se trata de justificar la retención de las fotografías que contenía el envío de sus familiares, para lo que hay que atender a los fines que justifican la actuación administrativa desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Las fotografías obrantes en un recorte de información periodística –de cuyo contenido guarda silencio la resolución impugnada, por ello reconstituimos el supuesto fáctico según lo narrado en la queja y lo que acreditan las imágenes que aparecen ilustrando una crónica sobre el acto de un diario en euskera, aportado por la interna– fueron tomadas en lo que parece un acto público en el que se exhibían pancartas y carteles que reflejaban repetida dicha leyenda (“Euskal preso eta iheslariak etxera”, Presos y represaliados vascos a casa). La afirmación de que la frase coincide con la ideología y los fines de la organización terrorista no es discutible; pero no es una exclusiva que detenten los terroristas y que identifique auto-

máticamente texto y organización, ya que, como es sabido, se trata de una reivindicación que asumen fuerzas políticas de Euskadi que tienen representación en las instituciones del Estado y de la Comunidad Autónoma, alejadas históricamente de la violencia terrorista. Como tal consigna política, además, esté relacionada con la situación de los presos y sus condiciones.

Por otro lado, la imagen y la leyenda no se conecta, ni se dice, con un relato o un discurso que pueda estimarse enaltecedor del terrorismo, atentatorio contra el orden del establecimiento, ni que afecte a la seguridad. Algo que podría suceder cuando se facilita información sobre funcionarios o hábitos del centro, se prepara un motín o una protesta, cuando exista una coincidencia en la planificación de un delito, se atente contra la convivencia o se propalen noticias falsas (algunos de esos hechos se mencionan en el Reglamento penitenciario como presupuestos justificativos de la suspensión de las comunicaciones orales, artículo 44, que nos puede servir de guía).

4.- La resolución atacada no menciona ninguno de esos fines legales (no se justifica desde el principio de adecuación), ni analiza la decisión ponderando los bienes en conflicto, por lo que ha de entenderse que no hay cobertura legal para la restricción del derecho fundamental. Tampoco encuentra la Sala razones, en el marco analizado, para explicar la injerencia en las comunicaciones que se decretó.

Procede estimar el recurso de la interna para levantar la retención del recorte periodístico que sus familiares le hicieron llegar, objeto que le deberá ser entregado.

III.- Parte dispositiva

Se acuerda ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A.B.E.G., contra el auto de fecha 15/7/2016, desestimando recurso de reforma contra auto de fecha 8/6/2016, dictados por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente 661/2008-15, y se deje, sin efecto la retención de la fotografía periodística que allí se dice y que una allegada le había entregado, y que deberá ser devuelta.

45.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 DE PAMPLONA DE FECHA 23/01/16

Revisión de condena de prisión y sustitución por otra de multa.

Hechos

Primero.- En sentencia firme dictada el 17 de enero de 2013 A.B. fue condenado como autor de un delito de resistencia del art. 556 del Código Penal a la pena de 6 meses de prisión.

Segundo.- Tras la entrada en vigor, el 1 de julio de 2015, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que lleva a cabo una importante reforma del Código Penal de 1995, tanto de la parte general como de la especial, por diligencia de ordenación de 3 de febrero pasado se dio inicio al trámite de revisión de sentencia, dando audiencia al Ministerio Fiscal y a la defensa, con el resultado que es de ver en las actuaciones.

Razonamientos jurídicos

Primero.- Conforme a la Disposición Transitoria Segunda de la LO 1/2015, procede la revisión de las sentencias firmes en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Particularmente, deberá revisarse la sentencia cuando la reforma contenga para un hecho castigado anteriormente con pena privativa de libertad la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad.

Segundo.- En el caso que nos ocupa, A.B. fue condenado como autor de un delito de resistencia previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal a la pena de 6 meses de prisión.

La pena prevista en abstracto para este delito en la redacción del artículo 556 vigente por entonces era de prisión de 6 meses a 1 año.

Tras la reforma, el artículo 556.1 Código Penal establece como penas alternativas las de prisión de 3 meses a 1 año y multa de 6 a 18 meses.

Estamos, por lo tanto, ante una sentencia que debe ser sometida a revisión, conforme a la DT 2ª de la LO 1/2015.

Tercero.- De la simple lectura de la sentencia, dictada de conformidad, se desprende que la voluntad de las partes fue imponer, por el delito de resistencia la pena mínima prevista legalmente.

Tal pena mínima era entonces la de 6 meses de prisión. Con arreglo a la nueva redacción del artículo 556.1 Código Penal, ha pasado a ser la de multa de 6 meses, que será por ello la que se imponga.

Cuarto.- Conforme al artículo 50.5 Código Penal, los Jueces o Tribunales fijarán en la sentencia el importe de la cuota diaria de multa, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

En el caso de autos, el Sr. B. aceptó una cuota diaria de 6 € para la falta de lesiones por la que también fue condenado, por lo que tal será la cuota a imponer para el delito de resistencia.

Vistos los artículos citados y demás general y pertinente aplicación

Parte dispositiva

Acuerdo revisar la sentencia de fecha 17 de enero de 2013, en el sentido de que en el fallo de la misma se sustituye la pena de 6 meses de prisión por la de multa de 6 meses, a razón de 6 € de cuota diaria.

46.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 10/03/16

Compensación de la medida cautelar de alejamiento de 20 días en 1 día de prisión.

I.- Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 8 de Andalucía, con Sede en Córdoba se dictó auto de fecha 5-02-2016, en el que se estima parcialmente el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 15-10-2015.

SEGUNDO.- Que por F.V.P. se interpuso recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que fue impugnado por el Ministerio Fiscal (Fiscalía Córdoba), elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial donde se formó el rollo n° 000006/2016 de esta Sección Segunda.

TERCERO.- Incoado el presente rollo para la substanciación del recurso de apelación interpuesto, previa su deliberación, fueron entregados los autos al Magistrado Ponente para que expresase el parecer del Tribunal.

II.- Razonamientos jurídicos

Único.- Impugna el interno el Auto dictado en instancia en el que se le deniega el abono de la medida cautelar de alejamiento de dos personas adoptada en causa distinta, por no estimar de aplicación el artículo 59 del Código Penal.

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Penal del Tribunal Supremo, celebrado el 19 de diciembre de 2013, examinó si la interpretación del artículo 59 del Código Penal permitía la compensación, en la ejecución de la pena privativa de libertad, de la obligación de comparecer periódicamente ante el órgano jurisdiccional, adoptando el siguiente Acuerdo:

“La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

Esta posición ha tenido su reflejo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2014 ó 17 de marzo de 2015. Manifiesta esta última:

“La libertad está afectada porque a partir de la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas del imputado, es sólo provisional –nota ésta que acentúa su carácter de medida cautelar–, condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención a todo llamamiento judicial. En consecuencia, el abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado, es un deber derivado de los principios que latén

en la regulación de los artículos 58 y 59 del Código Penal. La lectura de ambos preceptos evidencia el carácter imperativo de la previsión legal. Y el criterio de compensación ha de ser expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Y se dice que el criterio proclamado en la sentencia recurrida puede considerarse ejemplar. Las comparecencias-quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza”.

Las Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014 ha extendido el abono a la prohibición de salir de territorio español:

“La parte solicita que se case la resolución de la instancia y que se disponga el abono de los periodos en que hubo de comparecer y tuvo prohibido salir del territorio español.

Obviamente tal compensación ha de llevarse a cabo por el órgano jurisdiccional que entiende de la ejecutoria en el curso de la cual se establece la pertinente liquidación.

Es allí donde ha de ponderar la intensidad de la compensación que la privación de los derechos derivada de esa obligación y prohibición citadas merece en relación al tiempo de prisión impuesta en la condena”.

En el mismo ámbito pretendido por el recurrente manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2013:

“No obstante lo anterior, y en lo que a la solicitud del abono al cumplimiento de la pena de la prohibición de aproximación a la Comisaría de la localidad de Marbella se refiere. hay que concluir en el rechazo de semejante pretensión, no sólo por no tener acogida en el repetido Acuerdo del Pleno de esta Sala, exclusivamente referido a la medida cautelar de obligación de comparecencia ante el órgano judicial, sino además ante la ausencia de concreción de los perjuicios que esa prohibición de aproximación del condenado respecto de su lugar de trabajo pudieren haberle ocasionado, con lo que ello significa de imposibilidad para graduar adecuadamente los términos en los que ha de establecerse la oportuna compensación establecida en el artículo 59 del Código Penal”.

Por ello, consideramos que la medida cautelar impuesta por el Juzgado de Primera instancia e Instrucción nº 1 de Martos por auto de 24 de septiembre de 2008, en autos 746/08 debe ser compensada por el Juez de Vigilancia. No constan acreditados los perjuicios concretos que dicha medida puede haber producido al reo (acceso a domicilio, lugar de trabajo, lugares a los que habitualmente acudiera...), pero no cabe duda tiene un efecto restrictivo de derechos, por ello, estimamos que los veinte días de duración deben compensarse con un día a efectos de la ejecutoria de esta Sala, salvo que se hubiera compensado en otra causa.

Por todo ello, procede la estimación del recurso.

III.- Parte dispositiva

En atención a todo lo expuesto,

La Sala acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por F.V.P. contra el Auto de fecha 5-02-2016, que se revoca, acordando la compensación de la medida cautelar de alejamiento impuesta al reo en causa distinta, con la eficacia de un día en la ejecutoria de esta Sala, teniendo en cuenta lo argumentado en el Razonamiento único de la presente resolución y siempre que la medida de alejamiento acordada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Martos en Diligencias Previas 746/08, por Auto de 24 de septiembre de 2008, y no se hubiera abonado en causa distinta.

47.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALMERÍA DE FECHA 25/11/16

Desestimación de queja respecto a declaración de incompatibilidad con otro interno hijo suyo.

Hechos

PRIMERO.- El presente expediente penitenciario fue incoado por Diligencia de Ordenación de fecha 27 de julio de 2016 en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en carta del interno

D.L.B. relativo a disconformidad con la incompatibilidad que tiene aplicada por el Centro Penitenciario con un hijo que también cumple condena en dicho Centro.

SEGUNDO.- Consta en el presente expediente penitenciario los pertinentes informes remitidos por el Centro Penitenciario de Almería relativos al objeto de discusión.

TERCERO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emite informe en el sentido obrante en las actuaciones.

Razonamientos jurídicos

Único.- Tal y como previene el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde especialmente 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 aquellos. A tal efecto, incoado el presente expediente penitenciario en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en carta del interno D.L.B. relativo a disconformidad con la incompatibilidad que tiene aplicada por el Centro Penitenciario con un hijo que también cumple condena en dicho Centro, de la documentación obrante en las actuaciones consistente en informes del Centro Penitenciario resulta justificada y adecuada la aplicación de dicha incompatibilidad visto el delito por el que cumple condena consistente en abusos sexuales a su nieta menor de edad hija del interno con el que pretende se deje sin efecto dicha medida, procede el archivo, de conformidad también, con lo informado por el Ministerio Fiscal.

Visto lo anteriormente expuesto,

Parte dispositiva

Por S.S^a. SE ACUERDA la desestimación y archivo de la queja formulada por el interno D.L.B. relativo a disconformidad con la incompatibilidad que tiene aplicada por el Centro Penitenciario con un hijo que también cumple condena en dicho Centro.

**48.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 5 DE
FECHA 22/09/15**

Estimación de recurso de apelación reconociendo derecho a realización de programa de educación vial.

Hechos

PRIMERO.- Por autos de fecha 20 de febrero 2015 y 4 de mayo de 2015 se desestimó la queja formulada por el interno I.P.D., sobre exclusión del programa de educación vial (prácticas de carne de conducir).

SEGUNDO.- 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.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Formula recurso el interno recurrente al entender que la resolución dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria vulnera los derechos que la legislación penitenciaria le reconocen a el programa de educación vial (prácticas del carnet de conducir), incluido dentro de los programas especializados de ejecución aprobados por la Administración Penitenciaria. (sic)

SEGUNDO.- Establece el artículo 117 del vigente Reglamento Penitenciario que los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil bajo de peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán solicitar la realización de los programas especializados de ejecución aprobados por la Administración Penitenciaria.

Pues bien, en el presente caso la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario acordó proponer, con informe favorable, al interno para la reali-

zación del programa de educación vial (prácticas del carnet de conducir), dado que el mismo cumplía los requisitos señalados en el mencionado precepto reglamentario y además ya había aprobado mediante examen la prueba teórica de dicho programa, y viene disfrutando de un régimen continuado de permisos de salida sin concurrencia de circunstancia desfavorable en el disfrute de los mismos, y ello pese al conocimiento de la misma de la duración de la condena del interno recurrente y de la circunstancias concurrente en el mismo, por ello, procede estimar el recurso que formula.

SEGUNDO.- 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.

En atención a todo lo expuesto LA SALA DISPONE:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por I.P.D., revocando los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 6 de Madrid, sin especial imposición de las costas de este recurso.

49.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SEVILLA DE FECHA 09/03/16

Estimación de queja aprobando el programa de obtención del carnet de conducir.

Hechos

PRIMERO.- El presente expediente penitenciario se ha incoado en Virtud de queja sobre denegación de aplicación artículo 117 Reglamento Penitenciario formulada por el interno J.C.A., del Centro Penitenciario de Sevilla.

SEGUNDO.- Enviado todo ello al Ministerio Fiscal éste informó en el sentido de: El Fiscal visto y desestimación.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Conforme previene el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria tenemos competencia para resolver las quejas y peticiones de los reclusos, siendo procedente la estimación de la queja cuando de la información obtenida se concluya que se ha producido vulneración de derechos fundamentales de preceptos legales o reglamentarios en materia de régimen y tratamiento, o cuando se aprecie desviación en la aplicación de preceptos legales o reglamentario.

SEGUNDO.- Consideramos que debe estimarse la queja del interno contra el acuerdo de la Secretaría General Instituciones Penitenciarias de fecha 5 de octubre de 2015, por cuanto (como así también lo entendió la Junta de Tratamiento, formada por el Equipo Técnico que directamente trata con el interno) concurren en el recurrente suficientes factores positivos como para poder concluir que su evolución a nivel tratamental es positiva y que asume el compromiso necesario para observar las normas exigidas para la realización del programa de obtención del carné de conducir, concretamente para la realización de las clases prácticas, tutelado debidamente por el Educador del módulo que lleva el programa, y con acatamiento de las medidas de seguimiento y control establecidas en el propio programa, al amparo del artículo 117.3 del reglamento penitenciario.

El interno J.C.A. se encuentra clasificado en segundo grado de tratamiento, y su problemática tóxica se encuentra en tratamiento con evolución favorable. Participa con aprovechamiento en las terapias de prevención de recaídas a cargo del Centro Provincial de drogodependencias. Presenta buena conducta y se encuentra destinado en un módulo de respeto. Desempeña destino productivo de mantenimiento desde el día 18 de marzo de 2013, con esmero y dedicación, según informes del Centro Penitenciario, lo que asimismo denota su buena conducta y su favorable evolución. No presenta como se ha dicho consumo activo de sustancias estupefacientes, ni padece patología mental grave, teniendo un nivel de alfabetización suficiente.

Cabe además destacar que el programa previsto al amparo del artículo 117 del Reglamento Penitenciario, en este caso concreto, implica únicamente salidas puntuales del Centro Penitenciario, y acompañado de per-

sonal técnico, con el fin de recibir las clases prácticas necesarias que le permitan aprobar el carné de conducir. El interno fue declarado apto por la Junta de Tratamiento para participar en el programa impulsado desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para la obtención del carné de conducir, considerándose que ello es un instrumento fundamental en la adquisición de hábitos y buenas prácticas en el uso de la vía pública. Además, la obtención del permiso de conducir puede contribuir a la adecuada reinserción social, y fundamentalmente laboral, de los penados. A mayor abundamiento el interno ya ha realizado, con cargo a su peculio, algunos desembolsos para la superación de la fase teórica.

Por todo ello, se considera que debe ser estimada la queja del interno contra el acuerdo de la Secretaría general de Instituciones Penitenciarias de 5 de octubre de 2013, aprobándose el programa de tratamiento especializado para obtención del carné de conducir, en la forma y con las condiciones que propuso la junta de tratamiento.

Añadir por último que la no estimación de la queja supondría la consumación de una disfunción habida en el ámbito penitenciario, pues o bien debió esperarse al acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias antes de que el interno hiciera el desembolso económico que le permitió acceder a las clases teóricas para obtener el carné de conducir, o bien debió preverse (y advertirse de ello al interno) la posibilidad de devolución del dinero empleado por el recurrente, para caso de acuerdo desestimatorio de la Secretaría General. En cualquier caso, y remitiéndonos a los párrafos anteriores, consideramos que concurren suficientes factores positivos como para permitir que el interno participe en el programa referido.

RESOLUCIÓN

Se estima la queja del interno contra el acuerdo de la Secretaría General Instituciones Penitenciarías de 5 de octubre de 2015, el cual se revoca, y en su lugar se aprueba el programa de tratamiento especializado del interno J.C.A., del Centro Penitenciario de Sevilla para obtención de carné de conducir (educación vial), en los términos y condiciones que se propusieron por la Junta de Tratamiento, siempre y cuando al día de hoy se mantengan las mismas circunstancias favorables.

50.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 19/10/16

Estimación de queja respecto a participación en programa de educación vial y para obtener el permiso de circulación.

Hechos

PRIMERO.- Por el interno del Centro Penitenciario de Alicante II (Villena) M.M.V. se formula queja contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 30/06/2019 (evidentemente es un error cuando el año debe ser 2016), la cual le excluye de la aprobación del programa EDUCACIÓN VIAL Y CARNET DE CONDUCIR - OBTENCIÓN PERMISO DE CIRCULACIÓN CLASE B - REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal no se opone.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- En el presente caso, cumpliendo el interno con los criterios de selección recogidos en la página 2 de la Instrucción de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria para la puesta en marcha del Programa antes referido, habiendo informado la Jefatura Provincial de Tráfico sobre la no existencia de imposibilidades administrativas al respecto, y habiendo obtenido el visto bueno de la Subdirección para participar en el programa, M.M.V. superó la prueba teórica del permiso de conducir, denegándole la Subdirección, sin alegar motivo alguno, su visto bueno para obtener la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo cual no es razonable ni justificable, por lo que procede estimar la queja planteada.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación:

Dispongo

Estimando la queja formulada por el interno M.M.V. deajo sin efecto lo dispuesto en la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 30 de junio de 2016 en relación a dicho interno. Respecto del cual APRUEBO SU PARTICIPACIÓN EN EL PROGRAMA EDUCACIÓN VIAL Y CARNET DE CONDUCIR - OBTENCIÓN PERMISO DE CIRCULACIÓN CLASE B - REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS.

51.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 08/04/16

No procedencia de redención ordinaria por tenencia de sanciones.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.L.E.B. del Centro Penitenciario Herrera de la Mancha formulando queja relativa a no proposición de redenciones por el Centro Penitenciario en el periodo comprendido entre el 30/10/2013 y 28/11/2013.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno, relativa a no proposición de redenciones por el Centro Penitenciario en el periodo comprendido entre el 30/10/2013 y 28/11/2013, tras la cancelación de sanciones disciplinarias, y visto lo dispuesto en el artículo 260 y lo informado por el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues, según se expresa en dicho informe, el interno estuvo cumpliendo multitud de sanciones al ser reincidente en la comisión de muchas faltas disciplinarias. Conforme a lo recogido en el artículo 260.3 del Reglamento Penitenciario “cuando fueren dos o más las faltas sancionadas en un mismo acto administrativo o su plazos de cancelación corrieran simultáneamente, el cómputo se hará de forma conjunta, fijándose como fecha para su inicio la del cumplimiento de la sanción más reciente y tomándose como duración del plazo el que corresponda a las más grave de las infracciones a cancelar, transcurrido el cual se cancelarán todas las anotaciones pendientes en un solo acto”.

En base a ello el interno finalizó el cumplimiento de la última sanción a la que hace referencia el 28-05-2013, teniendo como periodo de cancelación el de una falta muy grave por tanto seis meses, por lo que la cancelación a la que hace referencia finalizarla el 28-11-2013.

Conforme a lo recogido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “Las Administraciones Públicas podrán asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existente en su actos”, el Centro rectificó la fecha del 30-10-2013, asignándole la que verdaderamente le correspondía que es el 28-11-2013, fecha que es la que aparece señalada en la hoja de cuentas.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa 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 Ley Orgánica General Penitenciaria).

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno J.L.E.B. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

52.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 13/07/16

No procedencia de redención ordinaria por trabajos no realizados.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.M.S.P.B. del Centro Penitenciario Herrera de la Mancha formulando queja en reclamación de redenciones ordinarias correspondientes al 1-1-16 en adelante.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.M.S.P.B. en reclamación del abono de redenciones ordinarias

en el periodo correspondiente al 01-01-16 en adelante, y visto lo actuado en el presente expediente y lo informado por el Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal pues consta que desde el 1-1-16 existe adjudicación específica de puesto de trabajo de limpieza del módulo donde reside el interno, por lo que siguiendo los propios términos del Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 979/15 y del auto de este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 31-3-16 dictado en expediente PYQ 164/04 0008 que alega el interno, no procede el abono de redención ordinaria que se solicita, pues las tareas de limpieza del módulo que fundamentaban la misma, son realizadas desde el 1-1-16 por un interno en concreto, adjudicatario de dicho destino, que podrá obtener la correspondiente redención o recompensa, sin que quepa aplicar al interno solicitante ningún tipo de redención por un trabajo o actividad que desde el 1-1-16 no realiza.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno J.M.S.P.B. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

53.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 14/07/16

Estimación de redención ordinaria por trabajo intelectual (con voto particular en contra).

I.- Antecedentes de hecho

1.- El pasado 13/11/2015, en el expediente reseñado relativo al interno X.U.G., se dictó auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en que se aprueba la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Pe-

nitenciaro donde cumple condena, consistente en 172 días de redención ordinaria.

2.- Por la letrada, en nombre y representación del interno se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

3.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

II.- Fundamentos jurídicos

1.- Se discute la procedencia de abono de redenciones ordinarias por estudios del 1-6-2014 al 21-10-2014, cuando había estado matriculado en Filología Hispánica en el curso 2013-2014 y 2014-2015. La certificación de la Universidad pone de manifiesto que en el primer curso se examinó el 27-5-2014 de la asignatura de gramática española obteniendo calificación de notable y que el 22 de octubre siguiente empezó el siguiente curso académico.

2.- Tiene razón el recurrente cuando advierte la distinción de criterio seguido ya que se le han abonado 172 días de redención ordinaria por estudios en el curso 2014-2015 comprendiendo el periodo que va de 22-10-2014 a 30-9-2015. No hay motivos que justifiquen el abono de redenciones ordinarias por hallarse matriculado en actividad académica universitaria durante este periodo y no en el mismo del curso anterior. La prohibición de arbitrariedad no permite que en un mismo caso y supuesto de hechos se apliquen criterios contradictorios.

3.- El artículo 100 del Código Penal de 1973 establecía el derecho a redimir penas por el trabajo, una vez firme la sentencia a pena de prisión, abonándose un día por cada dos de trabajo; sólo están excluidos de la redención ordinaria quienes quebrantaren o intentaren quebrantar la condena o quienes observaren reiteradamente mala conducta (dicha previsión sigue vigente para los condenados conforme a aquel código, según la disposición transitoria 2ª del nuevo código). El artículo 65 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956) reproduce el contenido de dicho precepto y aclara que se entenderá por mala conducta la comisión de nueva falta

grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación (cancelación) de las anteriores. El beneficio se pierde exclusivamente por las causas que establece el artículo 73 del Reglamento, que reproduce las dichas, pudiendo ser rehabilitado una vez invalidadas las sanciones. El trabajo de los penados podrá ser retribuido o gratuito, intelectual o manual, dentro o fuera del establecimiento, con la única condición que fuere útil (artículo 68 del Reglamento mencionado).

Por lo tanto, basta que el condenado manifieste su voluntad de redimir penas por el trabajo y que la Junta le haya atribuido una actividad (en este caso estudios universitarios reglados de Filología Hispánica), para que sea aplicable el régimen alternativo de cumplimiento, sin necesidad de autorización judicial. No depende de otras circunstancias, ni siquiera de integrarse el trabajo en un programa de tratamiento. Desde luego, sólo se requiere que el trabajo sea útil, algo que se supone de un curso universitario, pero no laboriosidad, disciplina o rendimiento, salvo que se incurra en infracciones al régimen disciplinario.

4.- Procede estimar el recurso y aplicar al periodo de 1.6.2014 a 21.10.2014 el mismo criterio seguido por la Junta en el año 2015, criterio correcto, de abonarle redenciones ordinarias por trabajo intelectual en estudios universitarios.

Por lo expuesto,

ACUERDO:

Estimar el recurso planteado por X.U.G. contra el auto de fecha 13/11/2015, que se deja sin efecto y reconocerle el derecho al abono de redenciones ordinarias por trabajo intelectual en el periodo de 1-6-2014 a 21-10-2014.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Nicolás Poveda Peñas, con carácter discrepante respecto del auto emitido con fecha 14 de Julio de 2016 en el Rollo de apelación 464/2016, dimanante del Expediente 0001420/2003 005 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

A.- En cuanto a los antecedentes de hecho que se indican en la resolución, con cuyo contenido jurídico se discrepa, estimamos, que nada afec-

tan a la discrepancia citada, al referirse únicamente a datos de actuaciones procesales, sin comentario alguno

B.- I.- Comenzamos exponiendo que se discrepa respecto de la resolución citada en cuanto a su fundamentación y su parte dispositiva.

II.- Discrepo del parecer mayoritario, con los debidos respetos al Tribunal, por considerar:

Que como se informa por el Centro Penitenciario, la redención propuesta que es aceptada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, contiene el periodo de 172 días por enseñanza reglada universitaria en el periodo de 22-10-14 a 30-09-15, y fijándose no haber lugar a redención por el periodo de 1-06-14 a 21-10-14 por no haber desempeñado actividad alguna.

Alega como fundamento de su recurso, que el penado estaba realizando un curso universitario en el periodo académico 2013/2014, por el que se le abonaron redenciones.

Ello impone considerar que el penado ha recibido redenciones durante el periodo del curso académico 2013/2014, y ahora pretende sobre, parte de dicho curso se le aplique tal redención.

Es mi criterio discrepante, el derivado de que habiendo reconocido en su escrito de 20-11-15 haber recibido redenciones por el curso 2013/14, habrá que estar a considerar, si en la redención aplicada se incluye la totalidad del curso, o solo una parte, debiendo sobre el resto no redimido en su caso, aplicar tal cómputo.

Conforme con este criterio, se impide considerar aplicable sin exclusión alguna el periodo pretendido.

Es por ello por lo que de conformidad con los razonamientos citados se establece por mi parte un criterio distinto en cuanto al contenido de la fundamentación del parecer mayoritario, y respecto de la parte dispositiva del auto todo ello con el debido respeto y consideración hacia la mayoría, emito este voto en Madrid, a 14 de julio de 2016.

54.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 31/08/16

No procedencia de redención ordinaria por estudios que no resultan acreditados.

Hechos

PRIMERO.- se ha recibido en este juzgado escrito del interno I.C.C. del Centro Penitenciario Córdoba formulando queja por no proponer en Junta de Tratamiento de 23/09/2015 la redención ordinaria del 1-07-2007 al 2-07-2009.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno I.C.C. del Centro Penitenciario Córdoba, en solicitud de abono de redención ordinaria en el periodo comprendido entre el 1/07/07 y el 2/07/09, y visto lo actuado en el expediente del interno, en el presente expediente de queja y los informes remitidos por el Centro Penitenciario de Córdoba, procede señalar que:

1.- Así como hasta junio de 2007 consta la realización por el interno de diversas actividades que dieron lugar al abono de redenciones ordinarias, tratándose de actividades programadas y monitorizadas de gimnasia/de-

porte y taller ocupacional, desde el 1/07/07 y hasta el 2/07/09 no hay constancia de que tales actividades continuaran realizándose por dicho interno.

2.- Que, en relación a la realización de estudios que se alegan, en el Instituto de Formación Profesional Ategorri-Tartanga, y según resulta de la documentación aportada por el propio interno (al tratarse de estudios realizados al margen de la monitorización y posibilidad de valoración y control por la Institución Penitenciaria), no consta adjuntado resguardo de matrícula, ni certificado de notas en relación al curso 2009/2010 y, si bien si se aporta dicho resguardo de matrícula en relación al curso 2008/09, en el Certificado de notas consta “No Presentado” en todas las asignaturas del curso.

Por tanto, y no resultando admisible la denominada “redención de patio” al no ser amparable la pretensión de que el mero hecho de estar preso en sí mismo genere el derecho a obtener redenciones, según criterio reiterado de la Sección 1a de la Sala Penal de la Audiencia Nacional y de este mismo Juzgado, no cabe sino la desestimación de la queja formulada, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, y ante la ausencia de actividad laboral, formativa o tratamental acreditada en el periodo reclamado.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno I.C.C. del Centro Penitenciario Córdoba.

55.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 15/04/16

No procedencia de redención extraordinaria a interno condenado por terrorismo.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno F.S.E.S.P. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha formulando que-

ja en reclamación de redención extraordinaria correspondiente a los cursos 94/95,97/98 y 98/99.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, el interno formula queja en solicitud de abono de redenciones extraordinarias por realización de estudios de acceso a la universidad y de euskera en los cursos 94/95, 97/98 y 98/99.

Según dispone el artículo 71.3 del Decreto 2/2/56 que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prisiones, vigente en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/96) la aplicación de redenciones extraordinarias requiere que se den una especiales condiciones de laboriosidad, disciplina y rendimiento en las tareas o actividades realizadas por el interno, y que las mismas hayan quedado debidamente acreditadas.

Pero es que, además, y según ha venido sosteniendo la Sección 1a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tales actividades o tareas deben ser valoradas como integrantes de un proceso de reeducación o reinserción social conforme a los artículos 203 y 204 del Reglamento Penitenciario.

TERCERO.- En el presente caso, no consta en el expediente del interno la realización de los estudios que refiere, a tenor del informe del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, si bien el interno aporta copias de documentación relativa a dicha realización. En todo caso, dicha situación

no permite estimar acreditada la concurrencia de los expresados requisitos de especial laboriosidad, disciplina y rendimiento exigidos, ni tampoco que los estudios hayan supuesto una evolución positiva en el proceso de reinserción social del interno, por cuanto que las actividades referidas ni inciden, ni afectan, ni abordan las problemáticas específicas que han influido en el comportamiento delictivo del dicho interno.

De hecho, tal y como señala la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 2/7/14 (nº 496/14), aplicables al presente caso, debe recordarse “que el penado fue condenado por su pertenencia a la organización terrorista ETA, y no consta su rechazo a los delitos cometidos, requisito sin el que no es viable el proceso de reinserción que justifica la aplicación de las redenciones extraordinarias que se reclaman”.

En el concreto supuesto aquí examinado, y según resulta del expediente penitenciario del interno, condenado por delitos relacionados con ETA, ni ha expresado su rechazo a los delitos cometidos, ni su desvinculación pública de la banda terrorista ni tampoco ha pedido perdón a las víctimas.

En definitiva, no consta que exista el arrepentimiento de los hechos cometidos lo cual se considera imprescindible para la reinserción del penado, siendo precisamente la voluntad de resocialización la que ha de justificar un beneficio penitenciario como la redención extraordinaria, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 del vigente Reglamento Penitenciario.

CUARTA.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa 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 (artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno F.S.E.S.P. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

56.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 18/03/16

Estimación de queja admitiendo mayor número de ingresos en peculio.

Hechos

Único.- El interno solicita poder recibir un mayor número de transferencias mensuales en lugar de las dos que le son autorizadas.

Razonamientos jurídicos

Único.- No existe en el Reglamento Penitenciario ninguna norma que apoye lo dispuesto en la I.S. 3/10 respecto del tema debatido, ni se acierta a adivinar las razones de seguridad que determinan la adopción del criterio de limitar el número de transferencias. Por el contrario, en determinados supuestos puede ser contraproducente para los internos en relación a su terapia disponer de un exceso de liquidez en su cuenta de peculio. Por ello y estimándose razonable la petición, procede estimar la queja interpuesta.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

Parte dispositiva

Dispongo.

- Que, estimando la queja, autorizo al interno J.M.O.L. a recibir más de dos transferencias semanales, de persona acreditada, a la cuenta de peculio.

57.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 16/03/16

Limitación del número de ingresos en peculio.

Antecedentes de hecho

Único.- En este Juzgado se tramita expediente PYQ 879/16-1, en virtud de escrito remitido por el interno C.R.M. del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una queja.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- La queja planteada por el interno debe ser desestimada por las razones que a continuación se señalan. La queja se plantea por la limitación a dos ingresos bancarios al mes en la cuenta de peculio del interno por transferencia. Dicha limitación se contempla en la Instrucción del Centro Directivo 3/2010, que no se había podido aplicar hasta el momento por falta de la correspondiente aplicación informática. No se limita la cuantía de los ingresos, sino el número de ingresos por transferencia bancaria. Dicha limitación viene motivada, al igual que la prohibición de efectuar ingresos en las cuentas de peculio por personas no autorizadas por razones de seguridad y buen orden del Centro Penitenciario, ya que se trata de regular y controlar el flujo de dinero que se ingresa y su origen,

para evitar pagos por actividades fraudulentas coacciones y extorsiones a internos y familiares, etc. En nada se modifica la disposición semanal del interno de su fondo de peculio (100 euros) ni a la forma de gasto. Parece pues que cabe afirmar que las razones de seguridad y buen orden del establecimiento justifican la limitación establecida, ya que la misma no supone una limitación constatable de los derechos de los internos.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la queja formulada por el interno C.R.M. al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo.

58.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 27/05/16

Acceso a informes del expediente del interno.

Recibido escrito del Director del Centro Penitenciario de Jaén solicitando confirmación del tenor de la conversación telefónica mantenida el día 20 del corriente mes con es Juzgado, únase.

Este Juzgado considera que para el caso de no remisión al interno de la documentación que le concierne y a él mismo se refiere, se estaría vulnerando el Derecho de Defensa consagrado en la Constitución Española, el cual es obligación del Juzgado, entre otras funciones, velar por su efectivo respeto.

Para el caso en que algún informe sea considerado como RESERVADO, deberá hacerse constar y no obstante lo cual, no puede negarse el conocimiento u obtención de copias al Letrado del penado. El expediente de Clasificación o alguna de sus partes, no puede en ningún caso estar sometido a Secreto.

59.- SENTENCIA DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 11/10/16

Se considera violación del Convenio la no entrega al interno de copia de su expediente a fin de interponer demanda (con voto particular).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda interpuesta por ciudadano español contra el Reino de España tras la denegación de acceso al expediente por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria considera que el Estado demandado ha incumplido sus obligaciones y vulnerado un derecho a una demanda individual.

SECCIÓN TERCERA

CASO CANO MOYA v. ESPAÑA

(Demanda nº 3142/11)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

11 de octubre de 2016

Esta Sentencia será definitiva de acuerdo con lo estipulado en el artículo 44.2 del Convenio. Puede estar sujeta a revisión editorial.

En el caso Cano Moya v. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Sala compuesta por:

Helena Jäderblom, Presidenta,

Luis López Guerra,

Helen Keller,

Dmitry Dedov,

Branko Lubarda,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková, jueces,

y Stephen Phillips, Secretario de Sección,
Tras deliberar en sesión privada el 20 de septiembre de 2016,
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

Procedimiento

1.- El asunto se inició mediante demanda (nº 3142/11) contra el Reino de España, interpuesta ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por V.M.C.M. de nacionalidad española (“el demandante”), el 4 de enero de 2011.

2.- El demandante, a quien se le reconoció asistencia letrada, estuvo inicialmente representado por A. Bañón López, abogado en ejercicio en Alicante, y posteriormente por M.M. Díez Perello, abogado en ejercicio en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo inicialmente representado por su agente, F. Irurzun Montoro, y posteriormente por su agente, F. Sanz Gandasegui.

3.- El demandante alegó que las sanciones impuestas supusieron vulneraciones de su derecho a la presunción de inocencia y a la libertad de expresión. Reclamó igualmente –sin citar formalmente el artículo 34 del Convenio– que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al cargo le había negado el expediente para obstruir su derecho a una demanda individual ante el Tribunal.

4.- El 6 de septiembre de 2011 se comunicó la demanda al Gobierno. Igualmente se adoptó una decisión para dictaminar sobre la admisibilidad y el fondo de la demanda al mismo tiempo (artículo 29 § 1).

Hechos/Antecedentes de hecho

I. Circunstancias del caso

5.- El demandante nació en 1972 en Villahermosa (Ciudad Real) y actualmente cumple condena en España.

6.- En el momento de los hechos el demandante estaba en prisión preventiva en Foncalent (Alicante).

7.- El 20 de octubre de 2009 el demandante fue declarado culpable de infracción disciplinaria por la Comisión Disciplinaria de la cárcel de Alicante y sancionado con arreglo al Reglamento Penitenciario. La sanción fue de: cuatro semanas en aislamiento por haber amenazado a funcionarios penitenciarios (artículo 108.b); veinte días sin actos recreativos comunes por haber desobedecido las órdenes recibidas de funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones (artículo 109.b); y veinte días sin actos recreativos comunes por haber dañado bienes del establecimiento (artículo 109.e).

8.- El demandante recurrió la sanción ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de la Comunidad Valenciana.

9.- El 17 de noviembre de 2009 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria resolvió parcialmente a favor del demandante y revocó la sanción impuesta con arreglo al artículo 109 (b).

10.- El 19 de noviembre de 2009 un funcionario encargado de las notificaciones judiciales intentó sin éxito entregar al demandante el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El demandante había sido trasladado a la prisión de Villena (Alicante).

11.- El 28 de enero de 2010 se le entregó al demandante el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 17 de noviembre de 2009. Firmó un acuse de recibo.

12.- El demandante interpuso un recurso de reforma ante el mismo Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, quien el 18 de febrero de 2010 confirmó su resolución anterior. Una copia de dicho auto fue notificada al demandante, quien firmó un acuse de recibo.

13.- El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando los artículos 20 (libertad de expresión) y 24 (derecho a la presunción de inocencia) de la Constitución.

14.- Mediante notificación de 22 de marzo de 2010 el Tribunal Constitucional solicitó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que le facilitara una copia del expediente del demandante.

15.- El 12 de abril de 2010 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria remitió el expediente del demandante al Tribunal Constitucional.

16.- Mediante providencia de 30 de septiembre de 2010 el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo por carecer de trascendencia constitucional. Esta resolución se notificó al demandante el 7 de octubre de 2010.

17.- El 22 de diciembre de 2010 el demandante solicitó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que le facilitara una copia de su expediente para remitirlo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se basó en los artículos 234 y 454 de la Ley del Poder Judicial (ver el párrafo 31 más abajo). Lo que solicitó desde la cárcel de Zuera (Zaragoza) a la que había sido trasladado.

18.- El 4 de enero de 2011 el demandante remitió una primera carta al Tribunal anunciando su intención de interponer una demanda con arreglo al artículo 34 del Convenio.

19.- El 14 de enero de 2011 el Secretario del Tribunal acusó recibo de la carta del demandante y le invitó a remitir un formulario de demanda antes del 11 de marzo de 2011.

20.- El 26 de enero de 2011 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegó al demandante la solicitud de una copia de su expediente sobre la base de que su caso “seguía pendiente de decisión ante el Tribunal Constitucional”.

21.- El 2 de febrero de 2011 el demandante remitió su formulario de demanda al Tribunal. Reclamó con arreglo al artículo 6 § 2 y el artículo 10 § 1 del Convenio. Adjuntó una copia de la resolución del Tribunal Constitucional declarando inadmisibile el recurso de amparo. Además se refirió a los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 17 de noviembre de 2009 y de 18 de febrero de 2010 en el campo “17. Otras decisiones” del formulario de demanda. No obstante, no adjuntó copia de dichos autos.

22.- El 4 de febrero de 2011 el demandante remitió una comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Declaró que el 30 de septiembre de 2010 el Tribunal Constitucional había adoptado una resolución de su caso; que intentó iniciar un procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y que para ello se le debía entregar una copia de su expediente sin demora y antes del 11 de marzo de 2011.

23.- El 22 de febrero de 2011 el Secretario del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegó la solicitud del demandante, respecto a la providencia de 12 de abril de 2010 (ver párrafo 15 anterior), declarando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenía competencia para solicitar el expediente por sí mismo. Dicha resolución se remitió al demandante el 4 de marzo de 2011.

24.- El 3 de marzo de 2011 el Tribunal acusó recibo del formulario de demanda del demandante y se le invitó a remitir todas las resoluciones internas aplicables antes del 3 de junio de 2011.

25.- El 4 de marzo de 2011 el demandante informó al Tribunal que había solicitado sin éxito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria una copia completa de su expediente. Reclamó que las autoridades internas estaban obstruyendo su derecho de defensa.

26.- El 14 de marzo de 2011 el demandante volvió a solicitar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria una copia completa de su expediente. Se refirió a la carta del Tribunal de 3 de marzo de 2011.

27.- El 1 de abril de 2011 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegó la solicitud del demandante y rechazó facilitarle una copia de su expediente. Le informó de que, a efectos de demandas posteriores ante otras instancias, dichos tribunales pueden solicitar los expedientes directamente a los tribunales nacionales. Dicha providencia se notificó al demandante el 6 de abril de 2011.

28.- El 7 de abril de 2011 el demandante informó al Tribunal que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se había negado a proporcionarle una copia de su expediente.

II. Derecho interno aplicable

A. La Constitución

29.- Las disposiciones aplicables de la Constitución dicen lo siguiente:

Artículo 20

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.;...

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. ...”

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.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. ...”

B. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

1. Admitida la demanda de amparo, la Sala requerirá con carácter urgente al órgano o a la autoridad de que dimana la decisión, el acto o el hecho, o al Juez o Tribunal que conoció del procedimiento precedente para que, en plazo que no podrá exceder de diez días, remita las actuaciones o testimonio de ellas.

2. El órgano, autoridad, Juez o Tribunal acusará inmediato recibo del requerimiento, cumplimentará el envío dentro del plazo señalado y emplazará a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente para que puedan comparecer en el proceso constitucional en el plazo de diez días.

C. Real Decreto 1201/1981 por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

30.- Las disposiciones aplicables del Reglamento Penitenciario dicen lo siguiente:

Artículo 108

“Son faltas muy graves:

Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquéllos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos. ...”

Artículo 109

“Son faltas graves:

...

Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas causando daños de escasa cuantía, así como causar en los mismos bienes daños graves por negligencia temeraria. ...”

D. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

31.- Las disposiciones aplicables de la Ley del Poder Judicial dicen lo siguiente:

Artículo 234

“1. Los secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. También expedirán los testimonios en los términos previstos en esta ley.

2. Asimismo las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados.”

Artículo 454

“...

4. Los secretarios judiciales facilitarán a las partes interesadas y a cuantos manifiesten y justifiquen un interés legítimo y directo, la información que soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas.”

E. Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (aprobado mediante Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial)

32.- Las disposiciones aplicables del Reglamento 1/2005 dicen lo siguiente:

Artículo 5

“Los Secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a las partes interesadas y a cuantos manifiesten y justifiquen un interés legítimo y directo, cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

La información se facilitará en términos claros y asequibles cuando las partes o interesados que la soliciten no sean profesionales del Derecho.

...

Los Secretarios expedirán las certificaciones o los testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes que se soliciten, con expresión de su destinatario y fin para el cual se solicitan...”

Fundamentos jurídicos

I. Supuesta vulneración del artículo 34 del convenio.

33.- El demandante reclamó que la denegación por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en facilitarle una copia de su expediente con el fin de interponer una demanda ante el Tribunal vulneró su derecho a una demanda individual. El artículo 34 del Convenio, en lo que procede, establece lo siguiente:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, (...) que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

34.- El Tribunal indica que la reclamación entra en la esfera de la segunda parte del Artículo 34 del Convenio (ver *Gagiu v. Rumania*, nº 63258/00,

§§ 83 y 85, de 24 de febrero de 2009). Una demanda con arreglo al artículo 34 del convenio es de naturaleza procesal y por tanto no da lugar a la cuestión de admisibilidad con arreglo al Convenio (ver Vladimir Sokolov v. Rusia, nº 31242/05, § 75, de 29 de marzo de 2011).

A. Alegaciones de las partes

1. El Gobierno

35.- El Gobierno declaró que el demandante había ejercido su derecho de demanda con arreglo al artículo 34 del Tribunal de forma efectiva y sin obstrucción alguna por parte de las autoridades nacionales. De hecho, el demandante había podido remitir la carta de 4 de enero de 2011 y la consiguiente solicitud de demanda desde la cárcel sin objeción alguna por parte de las autoridades penitenciarias, lo que, por el contrario, se había reenviado al Tribunal.

36.- El Gobierno, que facilitó el expediente completo del demandante al Tribunal, argumentó además que al demandante se le habían notificado regularmente las resoluciones respecto a su caso, en concreto todas las resoluciones remitidas por la Comisión Disciplinaria de la cárcel de Alicante, los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 17 de noviembre de 2009 y 18 de febrero de 2009, y la providencia del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 2010. Como se desprende del expediente completo facilitado por el Gobierno, en cada resolución notificada al demandante figura su firma como prueba inconfundible de notificación personal. En consecuencia, cuando el demandante interpuso la demanda ante el Tribunal, poseía una copia de todas estas resoluciones. El Gobierno declaró también que, de la lectura de las alegaciones del demandante al Tribunal Constitucional, podía inferirse fácilmente que el demandante disponía de una copia de los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cuando interpuso el recurso de amparo ante el Tribunal.

37.- El Gobierno reclamó igualmente que los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 26 de enero de 2011 y 1 de abril de 2011 no podían considerarse una forma de presión o intimidación directa contra el demandante para evitar que interpusiera una demanda ante el Tribunal. El auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 26 de enero de 2011 fue consecuencia del desconocimiento de la magistrada de que el Tribunal Constitucional ya había emitido una providencia. La consiguien-

te providencia de 1 de abril de 2011 fue consecuencia de la aplicación por analogía de normas internas aplicables a apelaciones interpuestas ante el Tribunal Constitucional en procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta interpretación por analogía podría considerarse “errónea o formalista” a la vista de la práctica del Tribunal, pero no podía considerarse obstruccionista o intimidatoria a efectos del artículo 34 del Convenio.

38.- Basándose en la jurisprudencia del Tribunal en *Chaykovskiy v. Ucrania* (nº 2295/06, de 15 de octubre de 2009), el Gobierno declaró que la denegación por parte de las autoridades internas de proporcionar una copia de los procedimientos a efectos de interponer una demanda ante el Tribunal no suponía una obstrucción al derecho a una demanda individual. La denegación debería examinarse a la luz de las circunstancias del caso y sus implicaciones prácticas en los derechos del demandante.

39.- A este respecto, el Gobierno destacó que en el auto de 1 de abril de 2011, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no le había negado al demandante poner el expediente a su disposición. Se limitó a indicarle un medio alternativo por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podía acceder al expediente solicitándolo directamente de los tribunales nacionales.

40.- El Gobierno además argumentó que, como en el caso *Chaykovskiy* citado anteriormente, el demandante en el presente caso no había indicado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria aquella documentación que no le había sido notificada personalmente y que consideraba necesaria para ejercer su derecho de petición. No se desprende del expediente que el Tribunal hubiera solicitado al demandante documentación específica y que las autoridades judiciales se la hubieran denegado. El Gobierno añadió que, en cualquier caso, al demandante se le había notificado prácticamente toda la documentación del expediente.

2. El demandante

41.- El demandante declaró que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria le había denegado una copia de su expediente, incluso cuando le había informado de que lo necesitaba para interponer una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

42.- Argumentó que la obligación del Estado de no obstruir el derecho a interponer una demanda con arreglo al artículo 34 del Convenio no podía considerarse cumplimentado con una mera indicación de que el propio Tribunal podía solicitar dicha información de los tribunales nacionales. Destacó que los tribunales internos nunca habían tenido la intención de remitir copia de toda la documentación del expediente, y le habían privado de acceder a la documentación necesaria en la que basar su demanda.

B. Valoración del Tribunal

43.- El Tribunal reitera que el artículo 34 del Convenio impone la obligación al Estado contratante de no impedir el derecho a una demanda individual. Mientras la obligación impuesta es de naturaleza procesal, diferenciable de los derechos sustantivos establecidos en el Convenio y sus Protocolos, se desprende de la esencia misma de este derecho procesal que está abierto a los particulares reclamar sobre las supuestas vulneraciones del procedimiento del Convenio (ver *Manoussos v. la República Checa y Alemania* (dec.), nº 46468/99, de 9 de julio de 2002). El Tribunal también subrayó que el compromiso de no impedir el ejercicio eficaz del derecho a una demanda individual excluye cualquier interferencia con los derechos de un particular a presentar e interponer eficazmente una demanda ante el Tribunal (ver, entre otra jurisprudencia y *mutatis mutandis*, *Akdivar y otros v. Turquía*, de 16 de septiembre de 1996, § 105, *Informes de Sentencias y Decisiones 1996 IV*; *Kurt v. Turquía*, de 25 de mayo de 1998, § 159, *Informes 1998 III*; y *Şarli v. Turquía*, nº 24490/94, §§ 85-86, de 22 de mayo de 2001).

44.- En el caso actual, el Tribunal constata que los tribunales internos se negaron a proporcionar copia del procedimiento al demandante con el fin de interponer una demanda ante el Tribunal sobre la base de que el Tribunal podía solicitar directamente la documentación necesaria. Según el Gobierno, dicha solicitud era resultado de la aplicación por analogía de las normas internas que rigen los recursos individuales ante el Tribunal Constitucional para demandar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

45.- En este sentido, el Tribunal indica que, según el artículo 47 del Reglamento, en el momento de interponer la demanda, el demandante debe remitir toda la documentación necesaria para permitir al Tribunal deter-

minar la naturaleza y ámbito de la demanda sin recurrir a cualquier otra documentación.

46.- El Tribunal ya ha tenido en cuenta que se puede dar una situación en la que dicha denegación, puesta en relación con otras circunstancias concretas (como la pérdida de documentación a causa de traslados penitenciarios o cualquier otra acreditada y circunstancias imprevisibles o inevitables), resultaría en una base jurídica deficiente de la demanda ante el Tribunal y ello afectaría a la eficacia del ejercicio del derecho a una demanda individual (ver *Iambor v. Rumania* (nº 1), nº 64536/01, §§ 216-217, de 24 de junio de 2008, y *Gagiu*, mencionado anteriormente, §§ 93-99).

47.- Las normas internas garantizan al demandante el derecho a obtener certificados o copias de informes y documentación emitida en el procedimiento en el que sea parte (ver §§31-32). Sin embargo, esta posibilidad se le denegó al demandante por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sin razón alguna respecto al motivo por el que no procedían las normas internas invocadas por el demandante.

48.- Es cierto que, como resultado del expediente del demandante facilitado por el Gobierno, a este se le notificaron correctamente: el acuerdo sancionador de 20 de octubre de 2009 remitido por la Comisión Disciplinaria de la cárcel de Alicante determinando las sanciones disciplinarias por amenazar a funcionarios penitenciarios, desobedecer órdenes recibidas de funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones y dañar bienes del establecimiento; el auto de 17 de noviembre de 2009 emitido por el Juzgado de vigilancia penitenciaria desestimando el recurso de reforma contra el auto de 18 de febrero de 2010 emitido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestimando el recurso de reforma contra el auto de 17 de noviembre de 2009; y la providencia del Tribunal Constitucional declarando inadmisibile el recurso de amparo por carecer de trascendencia constitucional.

49.- No obstante, el Tribunal considera que estas circunstancias no pueden considerarse suficientes para justificar la denegación del expediente al demandante por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

50.- A la vista de la situación del demandante, el Tribunal no puede concluir que la demanda era inaceptable o que carecía de sentido. A pesar de que el Tribunal declaró que la obligación de no entorpecer el derecho a una demanda individual no significa automáticamente que el Estado tiene

el deber de proporcionar a los demandantes una copia de la documentación deseada o de facilitarles equipos técnicos de su elección para hacer sus propias copias (ver Kornakovs v. Letonia, n° 61005/00, §§ 171-174, de 15 de junio de 2006, y Chaykovskiy, mencionado anteriormente, § 96), el Tribunal también ha establecido que el artículo 34 del Convenio puede imponer a las autoridades estatales la obligación de facilitar copia de documentación a aquellos demandantes que se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad o dependencia e incapaces de obtener la documentación necesaria sin ayuda del Estado (ver, Naydyon v. Ucrania, n° 16474/03, § 63, de 14 de octubre de 2010).

51.- En el caso actual, dicha situación de dependencia es resultado del encarcelamiento del demandante. A diferencia de Chaykovskiy, citado anteriormente (en el que el demandante reclamó que las autoridades no le habían ayudado a obtener copia de la documentación necesaria para interponer una demanda y el Tribunal constató que a este se le había proporcionado acceso al expediente), en el caso que nos ocupa el demandante ni tuvo acceso al expediente a causa de estar encarcelado, ni tuvo la oportunidad de escoger la documentación considerada necesaria para interponer la demanda ante el Tribunal. En resumen, el demandante se hallaba en una posición en la que era razonable suponer que necesitaba el expediente judicial completo y que la respuesta de las autoridades internas a su solicitud, más que ayudar, fue de negación absoluta.

52.- A la vista de lo que antecede, del mandato explícito del derecho interno y de la situación del demandante, el Tribunal declara que la negación por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de proporcionar al demandante copia de su expediente completo supuso una obstrucción para ejercer el derecho a una demanda individual. Por lo tanto el Estado ha incumplido sus obligaciones con arreglo al artículo 34 del Convenio.

II. Otras supuestas vulneraciones del convenio.

53.- Por último, el demandante reclamó con arreglo a los artículos 6 § 2 y 10 del Convenio que las sanciones impuestas suponían una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la libertad de expresión.

54.- A la vista de todos los elementos a su disposición, y en la medida en que la materia objeto de litigio es de su competencia, el Tribunal consi-

dera que el resto de la demanda no parece vulnerar ninguno de los artículos mencionados del Convenio. Por tanto dichas demandas deben declararse inadmisibles como manifiestamente mal fundadas de conformidad con el artículo 35 § 3 (a) y 4 del Convenio.

III. Aplicación del artículo 41 del convenio.

55.- El artículo 41 del Convenio estipula que:

“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”.

A. Daños

56.- El demandante reclamó una indemnización por daños morales, dejando el importe a discreción del Tribunal.

57.- El Gobierno consideró que el demandante había incumplido las normas de la satisfacción equitativa ya que no había concretado ningún importe que a su juicio fuese equitativo.

58.- El Tribunal considera que en las circunstancias actuales la declaración de una vulneración del artículo 34 constituye satisfacción equitativa suficiente y en consecuencia no señala daño moral alguno que pudiera haber soportado el demandante.

B. Gastos y costas

59.- Sin aportar documentación justificativa, el demandante reclamó igualmente el reembolso de los gastos y costas, pero el importe exacto lo sometió a la discreción del Tribunal.

60.- El Gobierno consideró que el demandante había incumplido las normas de la satisfacción equitativa ya que no especificó ni justificó los gastos y costas.

61.- Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante tiene derecho a que le reembolsen los gastos y costas siempre que se demuestre que se ha incurrido en ellos de forma real y necesaria y que son razonables en cuanto al importe. Teniendo en cuenta que el demandante no ha aportado

documentación alguna en apoyo de sus demandas ni ha especificado el importe exacto de lo gastado al respecto, el Tribunal rechaza las demandas del demandante.

Por estas razones el Tribunal;

Declara

, por unanimidad, inadmisibles las demandas relativas a los artículos 6 § 2 y 10 del Convenio;

2.- Considera, por seis votos a uno, que el Estado demandado ha incumplido sus obligaciones con arreglo al artículo 34 del Convenio, en relación con la negación por parte de las autoridades judiciales de proporcionar al demandante una copia de la documentación para que interpusiera una demanda ante el Tribunal;

3.- Considera, por seis votos a uno, que la declaración de la vulneración del artículo 34 constituye satisfacción equitativa suficiente por los daños morales soportados por el demandante;

4.- Desestima, por unanimidad, el resto de la demanda de satisfacción equitativa.

Voto particular del juez Dedov

1. Lamento no coincidir con mis colegas respecto a la vulneración del artículo 34 del Convenio. Mi desacuerdo no se basa en principios, sino que tiene el objetivo de desencadenar un amplio debate sobre el problema suscitado por el demandante. Creo que el caso que nos ocupa se refiere más a un malentendido entre la magistrada de vigilancia penitenciaria y el demandante que a cualquier tipo de arbitrariedad o abuso de poder.

2. Debo decir que el Convenio no impone una obligación general a las autoridades en proporcionar a un recluso el expediente completo. Los Estados Miembros “se comprometen a no impedir el eficaz ejercicio” del derecho a una demanda individual con arreglo al artículo 34 del Convenio. El problema principal en el caso actual es si la disposición anterior debería interpretarse más ampliamente a favor de los demandantes, de forma

que las autoridades deberían ser suficientemente flexibles como para que cualquier inactividad por su parte no sea considerada una obstrucción. El criterio para dicho examen sería la racionalidad de la solicitud de documentación, y el buen gobierno (sin excesiva carga para el demandante)

3. De los hechos se desprende que el demandante solicitó el expediente completo. A pesar de que tendría sus razones para hacerlo, queda claro que el Tribunal no requirió al demandante que remitiese documentación específica alguna además de las resoluciones internas propuestas por el Tribunal en su carta de 3 de marzo de 2011, como se indica en el párrafo 24 de la sentencia (ver a contrario, *Naydyon v. Ucrania*, mencionados en la propuesta, § 65).

4. Cuando el demandante se dirigió de nuevo al juzgado, mencionó la citada carta del Tribunal (ver párrafo 26 de la sentencia) indicando que este Tribunal había solicitado documentación. El demandante no especificó el material concreto (además de dichos autos) que deseaba remitir al Tribunal en apoyo de su demanda (ver *Chaykovskiy v. Ucrania*, §§ 94-97).

5. En todo caso, en el Reglamento (artículo 47) (aplicable en el momento de los hechos y en modificaciones posteriores) no se pide al demandante que facilite al Tribunal el expediente judicial completo. Aun así en todas las ocasiones solicitó el expediente completo en lugar de comenzar por copias de las resoluciones internas.

6. Respecto a las resoluciones internas, los demandantes en el caso *Naydyon v. Ucrania* y en el caso *Vasiliy Ivashchenko v. Ucrania* más reciente, no fueron castigados por no obtener copia de las resoluciones internas disponibles en el procedimiento interno, ya que no podían haber previsto que más adelante interpusiesen una demanda ante el Tribunal (ver *Naydyon v. Ucrania*, § 67, y *Vasiliy Ivashchenko v. Ucrania*, § 108). No obstante, en el caso actual, parece ser que las autoridades ya habían proporcionado al demandante copia de las resoluciones internas disponibles, y el demandante no explicó la razón por la que no conservaba este material (ver § 47 de la sentencia).

7. Este no es un tribunal de cuarta instancia, por lo que no está autorizado a establecer los hechos en asuntos penales o disciplinarios ordinarios. De hecho, en mi opinión, las resoluciones internas constituirían una base sólida para comunicar el caso e iniciar un proceso contradictorio por escrito con el fin de examinar las demandas respecto a las supuestas vulneraciones de la presunción de inocencia y libertad de expresión en base a las observaciones de las partes. No estoy seguro de que el Tribunal deba esperar flexibilidad

por parte de las autoridades en aquellos casos en los que el demandante ha solicitado de forma inflexible una copia del expediente completo sin informar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre documentación específica (es decir, los autos) solicitada por el Tribunal. De otra forma, el demandante hubiese tenido que fundamentar su necesidad personal de obtener el expediente completo. Además, el demandante se refirió a las resoluciones internas únicamente en el formulario de solicitud (ver § 21 de la sentencia).

8. Tras la respuesta del secretario de que el expediente se había remitido al Tribunal Constitucional, el demandante no remitió una solicitud al Constitucional sino que en su lugar informó a este Tribunal de la supuesta obstrucción y a continuación volvió a dirigirse al mismo Juzgado (ver §§ 23, 25 y 26 de la sentencia). Por otro lado, la magistrada podría haber tenido en cuenta la posición vulnerable del demandante, estando recluso e incapaz de contratar a un abogado para obtener la documentación, por lo que la magistrada, en aras de un buen gobierno, podría haber solicitado al demandante una copia de la carta de este Tribunal para esclarecer la documentación concreta que se le había solicitado.

9. En general, compruebo que ambas partes no son suficientemente flexibles, y en situaciones de este tipo el Tribunal prefiere decidir a favor del demandante incluso cuando en el artículo 34 no se establece una obligación concreta de hacerlo y no hay obstáculo o imposición por parte de las autoridades nacionales respecto al demandante en el caso actual. La flexibilidad constituye una expresión de humanidad, y por tanto, la base del concepto de los derechos humanos. Por eso creo que este valor debería ser respetado por todos los participantes (incluido el Tribunal).

60.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 24/11/16

Denegación de informes del expediente del interno.

Antecedentes de hecho

Único.- En este Juzgado se tramita expediente PYQ 1562/16-1, en virtud de escrito remitido por el interno B.B.A. del Centro Penitenciario de

A Lama, interponiendo una queja por denegación de entrega de informes obrantes en su expediente.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- A la vista de los datos resultantes de los informes que obran en el expediente, procede la desestimación de la queja planteada por el interno B.B.A. Solicita el recurrente la entrega de los informes obrantes en su expediente. Pues bien, tal petición debe ser denegada por cuanto los informes del Equipo Técnico a los que se refiere, tal y como resulta de lo dispuesto en los artículos 154.1, 156, ‘ 160, 161 y 265.1 b, 272.3 y 273 g) del Reglamento Penitenciario, tienen como destinatarios, a la Junta de Tratamiento, al Centro Directivo y al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 161 del Reglamento Penitenciario); por lo que, en definitiva, tales informes emitidos por los técnicos no van dirigidos al interno quien ya es informado al tiempo de la notificación de la decisión adoptada por la Junta sobre sus solicitudes de los concretos motivos por los que se le deniegan, quedando así plenamente garantizado su derecho de defensa y la posibilidad de recurrir ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, tales motivos de denegación.

La anterior consideración es, además, plenamente congruente con lo dispuesto en los artículos 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el 42 k) (sic) del Reglamento Penitenciario, pues el primero establece literalmente que “A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrán derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad”, y los referidos informes emitidos por los diferentes profesionales del Equipo Técnico, no forman parte del expediente personal del interno, sino del

protocolo de personalidad, estrechamente relacionado con el tratamiento, por lo que no resultaría exigible a la Administración Penitenciaria, un traslado directo o entrega de copia literal de tales informes, y ello sin perjuicio del deber de dicha Administración y de los miembros del Equipo Técnico de facilitar a los internos que lo soliciten, información completa sobre su expediente personal y sobre su situación procesal, penal y penitenciaria, y de la obligación de notificar al interno la decisión motivada de la Junta de Tratamiento que acuerda la denegación de sus diversas solicitudes.

Por otra parte, la entrega a los internos de copia, traslado o acceso directo a tales informes afectaría claramente a la relación establecida entre el interno y el profesional, sobre todo en aquellos casos en que los internos están sometidos a un programa específico de tratamiento, en que existe una relación paciente-terapeuta especialmente sensible; además del evidente riesgo de que pudiera quedar afectada la seguridad de los Técnicos emisores de tales informes.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA LA QUEJA formulada por el interno B.B.A. al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, archivándose el presente expediente.

61.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 2 DE FECHA 11/02/16

Denegación de acceso al protocolo.

Hechos

I.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno J.R.C.L. del Centro Penitenciario Madrid V (Soto del Real) formulando queja sobre no entrega de informes y documentación que ha solicitado al Centro.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de desestimar.

Razonamientos jurídicos

I.- El artículo 76.1 y 2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone: 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.

- 76.2 g : 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 beneficio penitenciarios de aquellos.

II.- Solicita el interno copia del protocolo de personalidad.

El artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado y para cada penado se formará un protocolo de personalidad.

Pero el hecho de que todos los internos tengan derecho a obtener información puntual sobre los datos que consten en sus expedientes personales que afecten a su situación procesal, penal y penitenciaria, no quiere decir que haya que facilitarles, en todo caso, una copia del mismo en la forma que lo solicita el interno.

III.- El artículo 37.1 de la Ley de Resumen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que formando parte de su expediente, obren en archivos administrativos..., siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados a la fecha de la solicitud”.

Se trata, en definitiva, de la consagración del principio de publicidad, como uno de los principios rectores del procedimiento administrativo, pero tal principio no implica un derecho absoluto a tal publicidad, pues el propio artículo 37, en su punto 4 establece su límite a disponer: “El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.”

IV.- El acceder a que la población reclusa obtuviera copia de cuanta documentación obra en su expediente supondría que también accediera al dato de las personas que realizan o elaboran los informes, dato que debe quedar reservado por motivos de seguridad e incluso de eficacia del tratamiento penitenciario, porque si no se podría conseguir el efecto contrario al que se pretendía con la elaboración de los mismos.

V.- En conclusión, no puede accederse a que la información se facilite mediante fotocopias, dado que en las mismas constarían los nombres de las personas que emitieron los informes y quizá otros datos que deban quedar reservados por motivos de seguridad, de eficacia del tratamiento, e incluso para mantener el acercamiento terapéutico. Por el Establecimiento Penitenciario no existe inconveniente para informar al interno sobre el contenido de los informes para llenar adecuadamente su derecho a la información, en todos aquellos aspectos que no se vean afectados por las limitaciones antes aludidas.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno J.R.C.L. del Centro Penitenciario Madrid V (Soto del Real), en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

62.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 04/10/16

Exige consentimiento del interno para participar en una rueda de reconocimiento.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, M.E.C.V., interponiendo queja contra el acto por el cual se procedió, sin su conocimiento ni consentimiento previo, a su traslado a la sede de los juzgados de instrucción de esta ciudad, para participar en una rueda de reconocimiento de identidad acordada por un juzgado de instrucción.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de la misma.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de oponerse a lo solicitado.

Fundamentos jurídicos

Único.- 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) y 3 y 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 5 del Reglamento Penitenciario.

Ciertamente, este juzgador no puede desconocer las dificultades que en ocasiones se encuentran los juzgados instructores cuando de dar cumplimiento se trata a los artículos 368 y 369 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto se refieren a las diligencias a practicar en averiguación de la identidad del delincuente. Y, ciertamente, es muy valiosa a tal efecto la colaboración de la institución penitenciaria, en cuanto en función de su específica misión, custodia y retiene a un buen número de personas que pueden resultar idóneas por sus variadas características para

participar en las ruedas de reconocimiento pues, entre dicha población, de ordinario, se encuentran personas de todas las características morfológicas y razas, lo que facilita enormemente la constitución de las ruedas de identidad, con arreglo, a derecho.

Ahora bien, partiendo de tal premisa, también hemos de señalar que los derechos de las personas ingresadas en un Centro Penitenciario, ya lo sean con carácter preventivo, ya lo sean para extinción de la condena, no se ven limitados más allá de lo determinado por el juez instructor en el primer caso y por el contenido de la ejecutoria en el segundo y, entre las obligaciones de la población reclusa, no se encuentra el asistir y formar parte de las denominadas ruedas de reconocimiento de identidad que, para un interno supone, aparte la no participación ese día en las actividades propias del módulo residencial o programa de tratamiento, la excarcelación con todo lo que conlleva de huellado, salida escoltado en furgón policial, estancia en calabozos del edificio judicial durante gran parte de la jornada y vuelta al Centro Penitenciario a veces a horas en que ya ha sido repartida la comida, medicación etc. Por lo cual, la proposición de su excarcelación por parte del centro penitenciario al juez instructor, para participar en tales ruedas cuando al efecto sean requeridos, ha de contar con el conocimiento y consentimiento de la persona a excarcelar. Caso de no contar con dicho consentimiento por parte del penado o penados de características morfológicas similares a las especificadas, deberá comunicarse así a la autoridad judicial requirente para que por la misma se acuerde lo necesario.

No obstante todo ello y teniendo en cuenta lo expuesto, entiende este juzgador que la institución penitenciaria en particular y la población reclusa en general, puede prestar un indudable y valioso servicio de colaboración a la administración de justicia, a la que todas las instituciones y ciudadanos estamos llamados y que, en el caso analizado puede ser premiada en lo que los internos se refiere en función de lo establecido en el artículo 263 del Reglamento Penitenciario. Siendo además que, la pedagogía en cuenta a la colaboración con la administración de justicia se refiere, tiene un indudable y marcado carácter tratamental. Por ello, y teniendo en cuenta las facultades que me concede el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, procede formular propuesta a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para que, en la forma que mejor se determine, se premie por la vía establecida en el artículo 263 del Reglamento

Penitenciario, la participación voluntaria de los internos en las ruedas de reconocimiento de identidad, cuando así sea requerido por la autoridad judicial competente.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

DISPONGO

Que debo estimar y estimo la queja presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.E.C.V., y en su consecuencia acuerdo que, en los supuestos en que los juzgados de instrucción acuerden requerir al Centro Penitenciario la proposición de excarcelación de determinados internos de características similares a las especificadas por el órgano requirente para participar en una rueda de reconocimiento, la proposición de los internos a excarcelar habrá de contar con el consentimiento de los mismos y, caso de no obtener dicho consentimiento, habrá de notificarse así al órgano requirente a los efectos que el mismo estime oportunos.

63.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 03/02/16

Estimación parcial sobre dispensación de alimentación vegana.

Hechos

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.M.B.V. del Centro Penitenciario Madrid IV - Navacarnero formulando queja sobre alimentación vegana.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaren cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.M.B.V. por denegación de proporcionarle una dieta vegana, y visto lo dispuesto en el artículo 21.1 Ley Orgánica General Penitenciaria y 226.1 Reglamento Penitenciario, conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, a fin de que atendándose en lo posible a las convicciones personales del interno, se le proporcione una dieta que respete dichas convicciones, sin perjuicio de que el mismo pueda complementar el racionado a través del servicio de economato y de que se realicen los controles médicos oportunos, a fin de constatar si el estado del interno requiere o no algún suplemento alimenticio o vitamínico no proporcionado en el economato del Centro Penitenciario.

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

Parte dispositiva

Se estima parcialmente la queja del interno J.M.B.V. del Centro Penitenciario Madrid IV (Navalcarnero), en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

64.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 19/12/16

Admisión de queja de interna para llevar un pañuelo islámico o “hi-yab”.

Hechos

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito de la interna S.A. del Centro Penitenciario Valencia formulando queja por discriminación religiosa.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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 los 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por la interna S.A. por prohibición de uso del pañuelo musulmán en el Centro Penitenciario Picassent, y visto lo informado por dicho Establecimiento, queda claramente reflejado en el expediente que dicha decisión se fundamenta en razones de seguridad interior y orden del Centro, al señalarse que la Normativa de Régimen Interior y el Protocolo de internos en Régimen Cerrado recoge como objetos no permitidos, las gorras, pasamontañas o prendas similares que dificulten la identificación, y en razones de tratamiento para favorecer la integración social de la interna.

TERCERO.- Ahora bien, frente a dicha motivación del Centro Penitenciario, basada en normas de régimen interior, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en coherencia con los Artículos 14, 16 y 25.2 de la Constitución Española señala “la actividad penitenciaria so ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humane de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.”

Y en el mismo sentido el artículo 3.2 del Reglamento Penitenciario establece que “los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes” y el artículo. 4.2 c) del mismo Reglamento establece el derecho de los internos al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

Además, y según dispone el artículo 20.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria “El interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno.”

A la vista de la referida normativa y que según ha informado la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a petición de este Juzgado no existe Instrucción ni norma alguna dictada sobre dicha cuestión, no cabe sino la estimación de la queja formulada, pues la salvaguarda del derecho a la libertad religiosa, en cuanto libertad del individuo y la prohibición de cualquier discriminación por razón de ideología o creencias, o razones culturales, consagrada en nuestra Constitución, es perfectamente compatible con las exigencias de seguridad interior y orden invocadas por el Centro Penitenciario, ya que además de eso el pañuelo islámico o “hiyab” deja completamente visible la zona de la cara, resulta posible la retirada del pañuelo en aquellos supuestos puntuales en que resulte necesario, para la práctica de un cacheo o para una mejor identificación personal; y la mejor prueba de dicha compatibilidad, es que el uso del pañuelo musulmán no plantea problemas en otros Centros Penitenciarios, tal y como refiere la interna en el escrito de formulación de la queja.

En definitiva, es necesario recordar que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el senti-

do más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos, y que sólo por ley puede establecerse el límite al ejercicio de un derecho fundamental.

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

Parte dispositiva

Se estima la queja de la interna S.A. del Centro Penitenciario Valencia, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

CAPÍTULO V

EXPULSIÓN

65.- SENTENCIA 720/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 16/12/16

Se deja sin efecto la sustitución de una pena de prisión de un año por expulsión.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- La parte dispositiva establece: “FALLO: Condeno a A. como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud (...) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de un año de prisión (...) y multa de 90 euros (...) y al pago de las costas procesales. Acuerdo sustituir la pena de prisión impuesta a A. por la expulsión del territorio nacional sin que el acusado pueda regresar a España en un plazo de cinco años (...) Debo absolver y absuelvo a A. del delito de atentado de que fue acusado, debiendo ser condenado como autor responsable de un delito de resistencia a los agentes de la autoridad (...) en concurso ideal con dos faltas de maltrato de obra, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, imponiéndole por el delito de resistencia la pena de multa de diez meses con una cuota diaria de tres euros y por cada una de las faltas de maltrato de obra multa de treinta días con una cuota diaria de tres euros. Se condena a A. en concepto de responsabilidad civil, por las lesiones causadas, a la cantidad de 645 euros al agente número NÚM000 (...) y de 1.155 euros (...) al agente número NÚM001. Así como al pago de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Admitido/s el/los recurso/s se remitieron las presentes actuaciones originales a esta Audiencia Provincial, tramitándose en legal

forma, sin celebrarse vista pública al no haberla solicitado la parte recurrente ni estimarla necesaria el Tribunal.

TERCERO.- En la tramitación y celebración del presente recurso se han observado las prescripciones legales exigidas al efecto.

Hechos probados

SE ACEPTA y se da por reproducido en su integridad el relato de hechos probados de la Sentencia apelada.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se modifican parcialmente, empero, los fundamentos jurídicos que se contienen en la Sentencia recurrida mediante los siguientes.

SEGUNDO.- Motivo principal del recurso interpuesto por la representación procesal del condenado en el Juzgado penal de origen es aquel que alega errónea valoración de la prueba.

En línea de principios debe señalarse, de antemano, que carece el órgano de apelación de la inmediación que gozó la Sra. Juez “a quo” ante quien se desarrolló en vista oral y pública la totalidad de los medios probatorios, oyó a quienes depusieron en distintas calidades en ese acto y, lo que no es de menor importancia, vio a todos ellos, de ahí que la preeminencia del plenario sobre cualesquiera actuaciones precedentes para la correcta formación de la convicción se deriva de todo ello. No puede ahora la Sala sustraer a quien enjuició en primera instancia su misión exclusiva y excluyente de valoración de la prueba que presencié y debe ceñir su tarea en esta alzada a sentar la existencia o no de una actividad probatoria lícita que pudiere ser valorada en aquella instancia inicial.

La Sentencia recurrida apoya sus razonamientos tanto en fuente indudablemente directa (testifical de funcionarios policiales) sobre la que la parte apelante vierte la disidencia al aducir la escasa fiabilidad de su testimonio, insistiendo en la existencia de versiones contradictorias entre ellos y el encausado, lo que por otro lado no impide otorgar mayor credibilidad a una que a otra, como así ha acontecido en el Juzgado penal de origen y respeta ahora este Tribunal de alzada.

Como cualquier otra prueba de carácter personal, se trata de una fuente discursiva ante el órgano enjuiciador, que no es el que ahora conoce del recurso, que fue el llamado a una comprobación directa y fundamental del testimonio cual son sus capacidades de percepción, de retención y de exposición. Una vez evaluadas tales capacidades el testimonio deviene atendible y debe abocarse en la ponderación de su testimonio, en fin, su credibilidad.

La indicada fuente de prueba es apoyatura no sólo necesaria sino legítima, y por ello apta, para el pronunciamiento de condena. Como se desarrolla cumplidamente en el sentido inequívocamente inculpatario de las declaraciones testificales, componentes de una dotación policial que patrullaba por la vía pública, al que la Sra. Juez de instancia otorga el peso principal de la inculpación.

A las versiones testificales que proceden de funcionarios policiales la doctrina legal ha dedicado especial detenimiento. Así, expresaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010 (reiterada con posterioridad, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio y 24 de octubre de 2011, 19 de junio de 2013, 25 de febrero de 2014, 16 y 28 de diciembre de 2015) que “estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, que han de ser tomadas en consideración conforme al principio de valoración conjunta, y “ab initio” no hay razón alguna para dudar de su veracidad cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo ordinariamente las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de tal veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los artículos 104 y 126 de la Constitución Española. No significa en modo alguno que tengan la consideración de prueba plena, sino que el precepto citado permite su declaración ante el Tribunal enjuiciador, y su valoración en términos críticos, en combinación con el resto del patrimonio probatorio.”

Efectuada, en fin, la triple comprobación a que alude la jurisprudencia reiteradamente consistente en si hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente), si ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías constitucionales y legales exigidas por prueba apta para volatilizar la presunción de inocencia.

TERCERO.- Motivo residual del recurso combate la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español.

El motivo debe ser acogido pese al errático planteamiento de la parte apelante, que llega hasta el punto de transcribir “ad pedem literae” el ordinal primero del artículo 89 Código Penal en su redacción anterior a la reforma por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, cuando es ésta la que le otorga prosperidad jurídica a lo que pretende con la mera atención a su literalidad y de ahí su incuestionable aplicación retroactiva.

La entrada en vigor de la citada reforma legal hace ineludible destacar: a) que siguiendo la línea legislativa abierta en su día por la reforma por L.O. 11/2003 (en vigor desde el 1/10/2003 hasta el 23/12/2010) y proseguida por la L.O. 5/2010 (en vigor desde la fecha últimamente citada hasta el 30/6/2015) se mantiene, con importantes novedades, la expulsión como norma general y el cumplimiento de la pena como su excepción (“cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”); b) se establece un límite mínimo de extensión de la pena para proceder a ella (“las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”); c) se mantiene asimismo que el momento procesal para decretarse sea dual, en la Sentencia o posteriormente, pero a diferencia de la reforma por L.O. 5/2010, se pone acento en que aquel primero es el preeminente (art. 89.3); d) se modifican sustancialmente los requisitos para que opere la expulsión: tanto el objetivo (pues la extensión de la pena, como queda dicho, debe serlo siempre superior a un año de prisión), como el subjetivo que queda ceñido al extranjero (condición que se determina en sentido negativo, esto es, no nacional) prescindiendo de la anterior exigencia de no ser residente legal en España y a salvo de las particularidades que el propio precepto establece para con los ciudadanos de la Unión Europea; e) la reforma cristaliza la demanda jurisprudencial de proporcionalidad al establecer que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada” (artículo 89.4 Código Penal).

Curiosamente, partiendo de lo indiscutible de la condición de extranjero de encausado y hasta de la carencia de autorización de residencia (actualmente irrelevante, como queda indicado), la representación recurrente abunda sobre cuestiones referentes a su arraigo en territorio español (con-

venientemente desmontadas en el FJ 5º de la Sentencia de instancia ante la ausencia de justificación de tales asertos) cuando bastaría para alcanzar lo que pretende que invocase que no concurre, como así lo es, el requisito objetivo (extensión de la pena) que precisa el hoy vigente artículo 89.1 Código Penal (“las penas de prisión de más de un año ...”), puesto que la impuesta es exactamente de un año de prisión y, por ende, no superior a esa extensión.

CUARTO.- Las costas procesales de esta alzada se declaran de oficio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A. contra la Sentencia dictada con fecha uno de septiembre de dos mil dieciséis en el Procedimiento abreviado nº 89/16 seguido en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Arenys de Mar, debemos REVOCAR PARCIALMENTE dicha resolución a fin de dejar sin efecto la sustitución de la pena privativa impuesta por la expulsión del territorio español, CONFIRMAMOS los restantes extremos de aquella y declaramos de oficio las costas procesales de la apelación.

66.- SENTENCIA 927/2016 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 14/12/16

Se sustituye la pena por expulsión una vez cumplida la mitad de la condena, pero se anula la imposición de responsabilidad personal subsidiaria.

SENTENCIA

En el recurso de Casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por N., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

(Sección 2ª), con fecha 26 de febrero de 2016, en causa seguida contra N. por Delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia de la Excm. Sra. Dña. Ana María Ferrer García, siendo parte recurrente el acusado representado por la Procuradora Sra. Dña. Ana López Woodcock.

I. Antecedentes

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Ibiza, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 107/2015 contra N., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª, rollo 15/2016) que, con fecha 26 de febrero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- *El acusado N., el día 21.7.2015, en la calle Navarra de Ibiza, tenía en su poder, en una mochila que se hallaba en el interior del vehículo que conducía, marca Nissan Micra, matrícula... SYP, 1.312 gramos de cocaína distribuidos de la siguiente forma: una bolsa con 781,38 gramos de cocaína pura con un margen de error del 5%; una bolsa con 495,99 gramos con una riqueza del 59,6%; una bolsa con 491,5 gramos con una riqueza del 57,6%; una bolsa con 324,78 gramos con una riqueza del 62,4%. Dichas sustancias estupefacientes las tenía para destinarlas a la venta a terceras personas. En el mercado ilícito hubiera alcanzado un precio de 75.692,88 €. También estaba en posesión de la cantidad de 355 € procedentes de la venta de sustancias estupefacientes a terceras personas.*

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

“Que debemos condenar y condenamos a N. como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 120.000 € con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono al condenado el tiempo durante el cual hubiese estado privado de libertad por razón de esta causa.

Al cumplirse la mitad de la pena de prisión impuesta se sustituirá el resto por la expulsión del territorio nacional. Ello se producirá el 20-1-2018.

Se condena al acusado al pago de las costas del procedimiento.”

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación de N., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente N. se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, siendo la vía escogida al efecto, la establecida en el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial.

2º.- Errónea aplicación del precepto infringido (artículo 89.1 del Código Penal).

3º.- Por infracción de precepto legal al amparo del cauce establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 53.3 del Código Penal, al establecer un apremio personal por impago de multa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, apoyó el motivo tercero del recurso impugnando el resto; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de noviembre de 2016.

II. Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2016 por la que

condenó a N. como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 120.000 € con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago. Se acordó igualmente al cumplirse la mitad de la pena de prisión impuesta se sustituirá el resto por la expulsión del territorio nacional.

El acusado N. interpuso recurso de casación que el Ministerio Fiscal ha apoyado en parte y que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos de recurso cuestionan la decisión de la Sala sentenciadora de posponer la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión hasta el cumplimiento de la mitad de aquélla. Se impugna tal pronunciamiento por una doble vía. Al amparo del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial en relación a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, y por cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 89 del Código Penal.

Sostiene el recurrente que la sentencia impugnada no razonó suficientemente respecto a los motivos en atención a los cuales acordó el previo cumplimiento de la mitad de la pena de prisión que le impuso, pues se limitó a reproducir el precepto aplicado. Déficit de motivación que entiende debe conducir a que se acuerde la sustitución sin esperar a tal momento.

El artículo 89 del Código Penal (anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de esta Sala suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del artículo 89 del Código Penal en clave constitucional, que huyera de automatismos y diera entrada a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, a través del examen individualizado

del caso concreto. Perfiló de esta manera un sistema que permitió excepcionar la expulsión a través del análisis de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso. Lo que se completó con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa (entre otras Sentencias del Tribunal Supremo 901/2004 de 8 de julio; 906/2005 de 17 de mayo; 366/2006 de 30 de marzo; 832/2006 de 24 de julio; 35/2007 de 25 enero; 165/2009 de 19 de febrero; 531/2010 de 4 de junio; 588/2012 de 29 de junio; 738/2013 de 4 de octubre; 479/2014 de 3 de junio o la reciente 483/2016 de 3 de junio).

Tras la reforma operada en el artículo 89 del Código Penal por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal. Admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada.

En el caso que nos ocupa el recurrente no opone motivos de índole personal para modular la expulsión. Denuncia la falta de una adecuada motivación de la medida y a consecuencia de ello solicita que se proceda a la misma de inmediato.

TERCERO.- Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza

en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala.

Dijeron las Sentencias del Tribunal Supremo 132/2014 de 20 de febrero y 479/2014 de 3 de junio, que los objetivos perseguidos por las políticas de extranjería e inmigración no pueden orillar los fines del proceso penal, y deben compatibilizar con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social). Y así se ha exigido una valoración individualizada, no sólo en atención a los derechos del afectado, sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española (Sentencias del Tribunal Supremo 166/2007 o 165/2009 de 19 de febrero).

En línea con ello se han apuntado como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico.

En relación con el tráfico de drogas y en un supuesto que guarda similitud con el que ahora nos ocupa, mantuvo la Sentencia del Tribunal Supremo 245/2011 de 21 de marzo que “tampoco resulta razonable la expulsión, pues se estima que, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena –tenencia de cocaína para el tráfico en una cantidad que está en el límite con la agravación por la notoria importancia–, no procede la aplicación de esa opción sustitutiva. Se trata de un delito de notable gravedad cometido además por una persona que ya tiene otra condena por otra acción delictiva similar, por lo que, en el caso de aplicar de forma automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo en cierta forma el tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros.

En efecto, la sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador, tal como ya se razonó más arriba.”

CUARTO.- En el presente caso la sustancia incautada arrojó un peso neto de 781,38 gramos puros de cocaína, que representan la suma acumulada de las restantes cantidades que se especifican en el relato de hechos de la sentencia impugnada, según se ha comprobado con el examen de la causa que autoriza el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consulta necesaria dado que la redacción del apartado fáctico en este extremo resultaba confusa, pues la interpretación literal del mismo proyectaba una cantidad muy superior. Si no se aplicó el subtipo agravado de notoria importancia procedente a partir de los 750 gramos, fue por la aplicación en beneficio del reo del margen de error del $\pm 5\%$ con el que operan las correspondientes analíticas. En cualquier caso, la opción más ventajosa para el acusado nos reconduce a un total que dista unos pocos gramos de aquel límite (742,31 gramos puros).

La Sala sentenciadora razonó a la hora de individualizar la pena, que concretaba ésta “atendiendo a la gran cantidad de sustancias intervenidas y a su pureza, de lo que se deduce además la importancia del acto de tráfico” (fundamento cuarto). Argumento que, aunque no se reprodujera expresamente, presidió también la decisión adoptada en el párrafo siguiente del mismo fundamento, al concretar las condiciones en las que había de operar la sustitución de esa pena por expulsión, con un alcance más restrictivo que la petición del Fiscal. Las sentencias integran un todo, por lo que lo decidido respecto a las condiciones de cumplimiento de una pena, no puede desvincularse de lo especificado a la hora de individualizar la misma. De ahí que debemos rechazar la denunciada falta de motivación y cualquier tipo de indefensión vinculada a la misma.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución Española,

en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 147/1999, 25/2000, 87/2000, 82/2001, 221/2001, 55/2003, 223/2005, 276/2006, 177/2007, 134/2008 y 191/2011, entre otras). Y ha concretado que para que se lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene que haber incurrido el Tribunal sentenciador en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho fundamental (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1995, 46/2004, 51/2007, 181/2007, 20/2009, 65/2011, 132/2011 y 201/2012, entre otras).

La Sala sentenciadora exteriorizó las razones que justificaron su decisión de manera suficiente para conocer los criterios sobre los que se asentó la misma, descartar que sean fruto del error o la arbitrariedad y concluir, desde el control que incumbe a la casación, que las condiciones en que habría de operar la expulsión del condenado, concretadas dentro de los contornos legales y en condiciones más beneficiosas para el mismo que las solicitadas por la acusación, fueron razonadas y razonables.

Los dos motivos conjuntamente analizados se desestiman.

QUINTO.- El tercer motivo de recurso, que cuenta con el apoyo de la Fiscal, invoca el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar infracción del artículo 53.3 del Código Penal al fijar la sentencia impugnada responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa impuesta, pese a que la misma acompaña a otra privativa de libertad de 5 años.

El artículo 53.3 del Código Penal establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

Con el fin de unificar distintas interpretaciones del citado precepto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala 2ª de 1 de marzo de 2005 acordó: “La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 del Código Penal”. El sentido de tal acuerdo, que mantiene toda su vigencia, fue el de, frente a una interpretación literal o estrictamente formal del mencionado precepto, dar prevalencia al espíritu y finalidad de la norma, y ante la distorsión provocadora de agravios comparativos (artículo 14 de la Constitución Española) acudir al que, en el plano hermenéutico, resulta el más respetuoso con el principio de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad. Agravios que se producirían si el condenado a 5 años y 1 día estuviera exento del arresto sustitutorio y el condenado a 5 años o menos tuviera que cumplir aunque ello implicara rebasar los 5 años (Sentencia del Tribunal Supremo 558/2007 de 22 de junio, con remisión a la 803/2000 de 16 de mayo que había mantenido el criterio que posteriormente prevaleció en el Pleno).

En atención a ello el motivo debe prosperar.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procede declarar de oficio las costas de este recurso.

III. Fallo

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el Recurso de Casación interpuesto por la representación del acusado N. contra la Sentencia dictada el día 26 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª (Rollo de Sala 15/2016), en la causa seguida contra el mismo por un Delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad juris-

diccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a catorce de diciembre de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Ibiza instruyó Procedimiento Abreviado número 107/2015 por un delito contra la salud pública contra N., mayor de edad en cuanto nacido en Brasil el NÚM000 .1987, con carta de identidad brasileña n° NÚM001, en situación irregular en España y una vez concluso lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que con fecha 26 de febrero de 2016 dictó Sentencia condenándole como autor responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 120.000 € con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido CASADA Y ANULADA, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la Excma. Sra. Dña. Ana María Ferrer García, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. Antecedentes

Único.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. Fundamentos de Derecho

Único.- De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, procede dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria que fijó la sentencia recurrida.

III. Fallo

QUE DEBEMOS ACORDAR y ACORDAMOS dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad que

fijó la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha 26 de febrero de 2016, en el Rollo 15/2016, en causa seguida contra N., confirmando la misma en el resto de los extremos que no afecten a la presente.

67.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE CIUDAD REAL DE FECHA 11/12/15

No procedencia de sustitución de pena por expulsión por tener el interno residencia legal.

Hechos

PRIMERO.- En la presente causa A.L. fue condenado por sentencia firme de fecha 14 de noviembre de 2013 dictada por este Juzgado, a la pena de tres años y un día de prisión y multa de catorce mil ochocientos cinco euros con once céntimos (14.805,11 €) y un mes de Responsabilidad Personal Subsidiaria en caso de impago, por la comisión de un delito Contra la Salud Pública del artículo 368 y 369.5 del Código Penal.

SEGUNDO.- Una vez abierta la fase de ejecución se libró mandamiento de cumplimiento al Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha. Asimismo, con fecha 15 de abril de 2015 se dictó Auto de Responsabilidad Personal Subsidiaria, por impago de multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 del Código Penal.

TERCERO.- Por escrito presentado por la defensa del penado en fecha 13 de enero de 2015 interesó la expulsión del penado, habiéndose dictado por este Juzgado y con fecha 5 de marzo de 2015 Auto no sustituyendo la de prisión impuesta al penado por la de expulsión del territorio nacional.

CUARTO.- Con fecha 15 de julio de 2015, se ha recibido solicitud del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha, interesando al haber cumplido por aparte del 2/3 parte de la condena de prisión impuesta, se proceda a sustituir el resto de la pena pendiente de cumplimiento por la de expulsión.

QUINTO.- Que con fecha 27 de agosto de 2015, se ha procedido a oír al penado, para que manifieste, manifestado no estar de acuerdo con la expulsión.

SEXTO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones sobre la expulsión del territorio nacional, por el Ministerio Fiscal ha emitido informe con fecha 26 de octubre de 2015, oponiéndose a la expulsión, el cual, se da por reproducido.

Razonamientos jurídicos

Único.- No procede a la expulsión del penado, toda vez, que dicha cuestión ya fue resuelta tanto en sentencia (en la que no se acordó su expulsión por residir en aquel momento legalmente en España), como en Auto posterior de fecha 5 de marzo de 2015, y haciendo entrada en vigor la reforma operada por L.O. de 30 de marzo y oído el penado, el mismo ha manifestado que no está conforme con la expulsión.

Parte dispositiva

DISPONGO: No sustituir la pena de prisión impuesta en los presentes autos (Ejecutoria nº 746/13) al condenado A.L. por su expulsión del territorio nacional.

CAPÍTULO VI

JUEZ DE VIGILANCIA

68.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO DE FECHA 11/02/16

Cuestión de competencia resuelta a favor del Juez de lo Penal sobre abono de pena, frente al Juez de Vigilancia.

Visto el presente Rollo de la Sección núm. 35 de 2015, contra el auto dictado por el Juzgado de lo Penal Núm. 1 de Toledo en el Procedimiento Expedientes Genéricos 410/15, sobre cuestión de competencia, entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Núm. 2 de Ocaña y el Juzgado de lo Penal Núm. 1 de Toledo.

El Ponente de la causa que expresa el parecer de la Sección, y son,

Antecedentes:

PRIMERO.- En el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Núm. 2 de Ocaña, se dictó auto con fecha 14 de octubre de 2015 en el que en su Parte Dispositiva dice: “Declararse competente y reclamar el conocimiento del asunto sobre abono de la pena de prisión cumplida por el interno del Centro Penitenciario de Ocaña I J.A.L.D. en la Ejecutoria 42/2014, resuelto por el Juzgado de lo Penal 1 de Toledo por medio de Auto de 23/09/15 dictado en la Ejecutoria 512/201-3, REHUSANDO dicho órgano judicial el conocimiento del asunto”.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso de apelación, se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando vistos para deliberación y resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Se plantea por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cuestión de competencia positiva con el Juzgado de lo Penal número 1 estimando la Juez promotora que es competente para determinar si es de abono el tiempo de prisión que por cumplimiento de la pena impuesta en sentencia que ha sido revisada ha cumplido en exceso, sobre esa revisión, el penado.

Importa delimitar el objeto de esta cuestión porque en su exposición la Juez hace mención a si el artículo 58 del Código Penal permite que se abone ese tiempo siendo que ello, en su caso, deberá ser resuelto por el Juez que se estime competente dentro del procedimiento, o expediente, en donde se dicte la resolución que decida la cuestión. Es por ello por lo que, en este momento, esta Sala no puede resolver cual es la trascendencia que el citado artículo 58 tiene a los efectos de determinar si procede o no el abono sino solo examinar si dicha norma, que es la que la juez invoca, le facultada para ser ella quien dicte la resolución.

El Ministerio Fiscal, en el informe emitido ante esta Sala estima que la competencia corresponde al Juzgado de Vigilancia, sobre la base de lo establecido en los artículos 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 19 y siguientes de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus argumentos son, en esencia. Que al no existir previsión para la aplicación de la pena que se ha cumplido con exceso en otra causa distinta la única forma de hacerlo es por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 58 del Código Penal en relación con el tiempo de libertad provisional sufrido, y dicho artículo establece que sea el Juzgado de Vigilancia Penitenciar quien ha de resolver sobre dicha aplicación.

Con ello equipara el exceso de tiempo cumplido por aplicación retroactiva de una norma penal más favorable con el de medida cautelar de prisión.

SEGUNDO.- A juicio de esta Sala tanto la postura de la juez proponente como del Ministerio Fiscal no es acertada porque una cosa es si el artículo 58 del Código Penal permite o no la aplicación del tiempo cumplido en exceso a una causa diferente y otra distinta cual es el órgano que haya de resolver sobre tal cuestión, Siguiendo la argumentación de la exposición y del informe del Ministerio Fiscal se llegaría a la conclusión de que la aplicación analógica del artículo 58 solo puede hacerla el Juzgado

de Vigilancia Penitenciaria, el cual también tendría por analogía la competencia, cuando del propio precepto se deduce que ello no es así sino que la atribución para resolver sobre la aplicación a otra causa del tiempo pasado en prisión provisional es la excepción y no la regla.

El artículo 58 contempla el abono a una causa de toda medida cautelar, sea de prisión o de otra naturaleza, y de entre todas las posibilidades al Juez de Vigilancia le compete la decisión sólo, y por tanto como excepción, cuando la prisión provisional haya de ser aplicada en causa distinta a aquella en la que se ha sufrido.

En todos los demás supuestos es el Juzgado o Tribunal que conoce de la ejecución quien ha de decidir sobre tal cuestión y si bien en relación con la prisión provisional podría sostenerse que es evidente porque se aplica a la misma causa en la que se dicta la sentencia condenatoria no cabe sostener lo mismo con las previsiones del apartado cuarto del citado artículo 58. En relación con medidas cautelares de naturaleza distinta la competencia no viene atribuida al Juzgado de Vigilancia, lo que demuestra que el legislador ha querido única y exclusivamente conceder la competencia para resolver sobre la prisión provisional, nada más que sobre ese extremo.

Si, como se sostiene en la exposición y apoya el Ministerio Fiscal, la competencia del Juzgado de Vigilancia fuese más allá de la concreta literalidad del apartado segundo también debería resolver sobre las medidas a que se refiere el apartado cuarto y sin embargo sucede que el legislador no lo ha previsto ni tampoco puede deducirse, del tan citado artículo 58, que pueda hacer una extensión de la competencia.

Por otro lado la competencia nunca puede ser asumida por analogía; un Juzgado o Tribunal la tiene o no la tiene, otra cosa es si resulta o no posible aplicar la analogía a las cuestiones de fondo sobre las que deba decidir, que es algo que no forma parte de la decisión de esta Sala, pero en cualquier caso la competencia es previa, es la condición primera para poder resolver.

Las normas citadas por el Ministerio Fiscal en su informe tampoco le dan la razón. El artículo 19 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo único que prevén quién puede promover una cuestión de competencia, lo que no se discute en este caso. Y el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo que determina es qué órgano ha de resolver sobre tal cuestión, pero ni aquéllos ni éste establecen la competencia a fa-

vor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria más allá de la que se establece en el artículo 58.

El artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a diferencia de lo que hace con otros Juzgados, no concreta ninguna de las funciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sino que se remite a la leyes quejas establezcan siendo que sólo dispone que tendrán para la ejecución, de nuevo les excluye en cuanto a la determinación de la pena o su duración.

Tampoco el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que cita la juez en su exposición, permite llegar a la conclusión que en la misma se recoge.

Dicho precepto lo que le faculta es para controlar el cumplimiento de las penas pero no para decidir ni cuales hayan de ser ni la duración de las impuestas.

El apartado primero establece el margen de su competencia, “hacer cumplir la pena”, no determinar la misma ni en su naturaleza ni en su duración, y en ese hacer cumplir la pena es en el que se insertan las concretas competencias del apartado segundo siendo que solo el apartado a) podría dar margen a pensar que tiene la facultad de decidir qué se pretende, pero de nuevo ese apartado habla de hacer pronunciamientos para que las penas privativas de libertad “se lleven a cabo”, esto es, para que se ejecuten en los términos en que se hayan establecido por el Juez o Tribunal sentenciador.

Tan es así que cuando se refiere a la determinación de la duración de una pena se hace la atribución de competencia de forma específica, así para resolver sobre la concesión de la libertad condicional, artículo 90 del Código Penal, el adelanto de la libertad condicional, artículo 205 del mismo Reglamento Penitenciario.

En definitiva, la determinación de la pena y su duración es competencia del Juez o Tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene, en ese concreto ámbito, aquellas competencias que de forma específica le conceden las leyes y reglamentos, y en ninguno de ellos se le confiere la posibilidad de aplicar una pena cumplida en exceso tras la revisión de una sentencia por una modificación legal posterior a una causa distinta. Esa facultad se le ha de atribuir al Juez o Tribunal que conoce de la ejecutoria en la que se pretende la aplicación.

Es por ello por lo que se ha de resolver la presente cuestión de competencia en el sentido de atribuir la decisión acerca de si al penado J.A.L.D. se le puede abonar el tiempo cumplido en la ejecutoria cuya sentencia se ha revisado, del Juez de lo Penal que conoce de la ejecutoria en la que se pretende el abono.

Parte dispositiva

La Sala ACUERDA: RESOLVER LA PRESENTE CUESTIÓN DE COMPETENCIA en el sentido de atribuir la misma para resolver sobre la aplicación del tiempo cumplido en exceso, como consecuencia de una revisión de la sentencia, en la Ejecutoria 512/2013 a la ejecutoria 42/2014 al Juzgado de lo Penal Número 1.

CAPÍTULO VII

LIBERTAD CONDICIONAL

69.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 11/01/16

Concesión de libertad condicional con arreglo a la regulación del Código Penal anterior a la reforma de 2015.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.-La Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social “José Hierro” de Santander en sesión de fecha 16/12/15, acordó elevar a este Juzgado la precedente propuesta de libertad condicional a favor del interno J.G.B., que se encuentra cumpliendo las penas en ellas relacionadas.

SEGUNDO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, se muestra conforme con la propuesta de libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

Único.- Ni siquiera la fiscalía se opone a la libertad condicional a los 3/4 que serán alcanzados el 19-01-2016 y con el pronóstico favorable de inserción social podría haberse acogido el interno (derogado 90-1-c) a la vieja legislación pero ha consentido la nueva que implica plazos de suspensión, lo que no viene mal pues no admite el último delito. La fiscalía deja abierto el plazo de suspensión de dos a cinco años repitiendo la dicción legal por lo que estaremos al mínimo en beneficio del condenado.

Vistos aplicación los artículos citados y demás de general y pertinente,

DISPONGO

Ha lugar a la libertad condicional de J.G.B. a partir del 19-01-2016 con un plazo de suspensión de dos años contados desde la puesta en libertad del penado y condiciones del C.I.S., en las condenas que venía cumpliendo en el Centro Penitenciario indicado, aprobándose la propuesta elevada, fijándose como fecha de excarcelación el día 19/01/216 (3/4 partes de la condena) y fijándole como lugar de residencia el siguiente: Barrio Hondal nº 26 de Polanco (Cantabria).

Se le impone como medidas, cuya inobservancia daría lugar a la revocación de la libertad condicional: la de observar buena conducta, la presentación MENSUAL ante los Servicios Sociales (C.I.S. “José Hierro”) y toda vez que sea requerido por ellos, residir en el domicilio señalado, no pudiendo cambiar su residencia sin autorización judicial; igualmente deberá continuar actividad laboral.

Se acuerda, así mismo, que el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas encargada de la tutela remitan semestralmente informes sobre la evolución del liberado, o antes si la situación así lo exigiera.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de fecha 22/01/16

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se recibió petición del liberado condicional, J.G.B., en relación a su deseo de renunciar a la libertad condicional aprobada por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria mediante auto de fecha 11/01/16 (EXPTE. 13/16)

SEGUNDO.- Se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que ha emitido informe interesando la estimación de la petición.

Fundamentos de Derecho

Único.- Tiene toda la razón el recurrente y ni siquiera la fiscalía se opone.

El C.I.S. está cometiendo una ilegalidad con los “consentimientos informados” que están suponiendo que condenados que podrían acceder a la libertad condicional por el Centro Penitenciario anterior a la reforma con menos condiciones gravosas, se vean sometidos con su consentimiento, seguramente desde la ignorancia, a las nuevas condiciones muy gravosas de los plazos de suspensión. La nueva regulación, pese a los plazos, beneficia a los que están lejos de los 3/4, pero pueden acceder a la libertad condicional a los 2/3 o mitad de la condena.

Parte dispositiva

Estimo la petición formulada por el interno J.G.B. a que se hace referencia en los antecedentes de hecho de esta resolución.

Ha lugar a la libertad condicional conforme al antiguo Código Penal, sin plazos de suspensión a partir del 19/01/16, fecha en que se cumplen 3/4 de condena.

70.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 2 DE FECHA 22/02/16

Concesión para disfrutarla en su país de origen.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 4 de enero de 2016 tuvo entrada en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2, registrado con el nº LCO 2/16, en virtud de haberse recibido, procedente del Centro Penitenciario de Teruel expediente-propuesta de libertad condicional del interno en dicho Centro, M.P. DA S., condenado en la causa 1/2000 de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección Segunda, a la pena de 20 años, por delito de asesinato. En el expediente de propuesta se contempla como el penado cumplió en las 3/4 partes de su condena fecha 22 de enero de 2015, y que fue progresado

al tercer grado de tratamiento desde el 19 de enero de 2015. Siendo su licenciamiento definitivo para el 21 de enero de 2020.

SEGUNDO.- En fecha 8 de febrero de 2016 fue dictada providencia acordando dar traslado al Ministerio Fiscal para informe, que emite en el sentido de no se opone a la libertad condicional habida cuenta de los informes emitidos por el Centro penitenciario.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Del examen del expediente recibido sobre propuesta de libertad condicional del interno, se desprende que el mismo cumplió el 22 de enero de 2015 las tres cuartas partes de su condena, ha observado durante el periodo de internamiento una conducta intachable y ofrece garantías de hacer vida honrada en libertad, de ahí que al concurrir las circunstancias que exige el artículo 90 y siguientes del Código Penal, procede al amparo de lo dispuesto en el art. 76.2 b) de la Ley General Penitenciaria y el 192 y siguientes del Reglamento y de acuerdo con los informes favorables que obran en el expediente resolver favorablemente la propuesta formulada, debiéndole imponer la regla de conducta prevista en el artículo 83.1º.6.

Vistos los artículos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

En atención a lo expuesto S.Sª ha decidido aprobar la propuesta de conceder el beneficio de libertad condicional al penado M.P. DA S., imponiéndole la condición de que deberá cumplirla en Portugal, su país de origen, haciéndole saber que no podrá salir del país, salvo causas excepcionales debidamente acreditadas, hasta adquirir la libertad definitiva, y ello con apercibimiento de revocación de la libertad condicional e ingreso en prisión si incumpliera dicha condición. Debiendo seguir con el pago de la responsabilidad civil.

Este beneficio tendrá efectos a partir 22 de enero de 2015 fecha del cumplimiento de las tres cuartas partes de su condena, teniendo previsto el licenciamiento definitivo en fecha 21 de enero de 2020.

71.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 03/05/16

Desestimación recurso del Ministerio Fiscal para realizar un curso en Italia durante la libertad condicional.

Hechos

PRIMERO.- Por auto de 16-12-15 dictado en el expediente sobre libertad condicional seguido bajo el núm. 5291/15 ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva se denegó la autorización solicitada por el penado S.J.M.C., que en periodo de libertad condicional interesa desplazarse a Pisa (Italia) a fin de obtener título de aviación (piloto de helicópteros) en las ocasiones que la realización de prácticas y exámenes lo requiera, durante un periodo de tres meses. Entendiendo que carecía de justificación laboral o familiar un prolongado desplazamiento que dificultaba el control y seguimiento de su situación penitenciaria. El Ministerio Fiscal, sin oponerse formalmente, había Informado que el penado debía acreditar su matriculación en el curso y lugar de residencia.

Presentado recurso de reforma, en el que aclaraba el penado que solo solicitaba desplazarse en intervalos puntuales de escasos días, durante el periodo de tres meses, para exámenes y prácticas de breve duración, comunicando en cada caso las fechas precisas. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso, que fue estimado por Auto de 19 de enero de 2016 que ponía el límite de tres días en cada caso, y como condiciones comunicar fechas, acreditar lugar de residencia y matriculación para la obtención del título.

SEGUNDO.- Contra dicho auto interpuso el Ministerio Fiscal recurso de apelación el 29-01-16 recurso que fuera impugnado por la representación procesal del interno.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a este Tribunal, ha tenido lugar la deliberación y voto del mismo el señalado día 5 de abril.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- TÉRMINOS DEL DEBATE.- El recurso del Ministerio Fiscal sólo cuestiona que el penado en situación de libertad condicional no ha acreditado la necesidad de desplazarse a Italia mediante la correspondiente matriculación para la obtención del título de aviación que dice, fechas y lugar de residencia, de modo que una vez demostrados estos extremos, podrá concedérsele la autorización que pide. Por lo que interesa que se reciba el recurso a prueba para documentación de estos datos.

La Defensa impugna el recurso y aporta el único documento con el que cuenta, que es el certificado médico emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, del Reino de España, Unión Europea y “correspondiente a una licencia de la Parte FCL”, expedido el 29/12/2015. Y que le permitirá matricularse como alumno de un curso de aviación en Italia en el que aún no se ha inscrito, e ignora las fechas exactas que precisará desplazarse a Pisa. Todo lo cual, acreditará en su momento.

SEGUNDO.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE DESPLAZAMIENTO.- El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, por el que se concede la libertad condicional del penado, de fecha 23 de julio de 2015, y firme tras ser confirmado en segunda instancia, establece entre sus reglas de conducta la de solicitar autorización judicial para los desplazamientos fuera de la provincia de residencia, Huelva, con 15 días de antelación, salvo razones de urgencia. No establece parámetros para su concesión. De modo que queda abierto el juicio de necesidad u oportunidad del desplazamiento, que podrá abarcar justificaciones más amplias que las estrictamente laborales o familiares. Así lo entendió el Auto recurrido, que en realidad sólo modifica el criterio interior denegatorio por razón de duración del desplazamiento, para limitarlo a tres días como máximo, pero entendiendo justificada su necesidad por razones académicas o de capacitación personal.

El Ministerio Fiscal interesa que se acrediten por adelantado circunstancias que precisamente dependen de la concesión de la autorización que se pide. Dificilmente va a matricularse el penado en un curso de aviación, para obtener el título en Italia si después no va a poder desplazarse hasta allí para su realización, por carecer de autorización judicial para ello.

Por tanto, entendemos suficiente la documentación aportada, y razonables las explicaciones dadas sobre lo incierto de las fechas concretas en

que necesitará desplazarse a Italia y lugar de residencia en el que alojarse. Todo ello será objeto de puntual justificación, a propósito de cada desplazamiento, como le viene ya impuesto entre las reglas de conducta que rige su libertad condicional, con arreglo al Auto de concesión y el artículo 90 del Código Penal, en este caso en su redacción precedente a la Ley Orgánica 1/2015, por tratarse de ejecutoria penal anterior a su entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

En mérito a lo expuesto hemos de desestimar el recurso viabilizado confirmando íntegramente la resolución de primera instancia.

No procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas habidas en la alzada.

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

Parte dispositiva

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado el 19-01-16 en el expediente de recurso sobre libertad condicional bajo el núm. 5291/15 en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, confirmamos íntegramente dicha resolución. No se efectúa especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

72.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA NÚMERO 5 DE FECHA 23/12/16

No procede conceder la libertad condicional por cumplimiento de los setenta años, por restar más de cinco años de cumplimiento de condena.

Hechos

I.- Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al penado F.M.Z. del Centro de Inserción Social Torres Espioca acreditativa de reunir los requisitos del artículo 91.1 del Código Penal a efectos de suspensión de

la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional por haber cumplido la edad de setenta años durante la extinción de la condena, por las causas.

II.- Se remitió el expediente al Ministerio Fiscal el cual informó en el sentido de que no se opone a la suspensión de condena de la pena restante de cumplimiento libertad condicional), por entender que reúne los requisitos del artículo 90 del Código Penal. Se interesa la suspensión por el plazo del tiempo restante hasta el final de cumplimiento de la pena (por ser superior a cinco años).

Razonamientos jurídicos

1.- Respecto a la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la L.O 1/2015, de modificación del Código Penal, que no contiene norma transitoria referente a las normas de ejecución, conviene hacer algunas precisiones jurídicas, pero partiendo de la base de que lo que debe fundamentarse es la aplicación de una legislación derogada, cuando no existe ninguna norma jurídica ni disposición transitoria en la LO 1/2015 que autorice la misma, no pudiendo considerarse como tal la Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, alegada en algunos casos por el Ministerio Fiscal, que guarda silencio sobre la aplicación transitoria de la reforma introducida en el Código Penal por la L.O. 1/2015 en relación con las normas de ejecución, y que además no es fuente de Derecho.

Las normas referentes a la libertad condicional no cabe ninguna duda de que son normas de ejecución, no son normas penales sustantivas, concepto que se reserva exclusivamente a las normas que definen conductas delictivas a las que anudan penas y por ello no les resulta aplicable lo dispuesto en el art. 2 del Código Penal, tanto en relación con el principio de legalidad penal como en su funcionamiento temporal, al establecer la retroactividad favorable al reo.

Como señala el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de fechas 17/05/12, 13/03/13, 27/06/13 y 29/01/15, no toda la estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento

de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. En definitiva, encontrándonos en fase de ejecución las normas que se deben de aplicar son aquellas vigentes al tiempo de decidir.

La libertad condicional es una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, cuyas circunstancias y características pueden ser moduladas por el legislador, puesto que no constituyen una redefinición de la pena.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 señala que cuando la naturaleza y finalidad de la medida se refieren a la remisión de una condena o el cambio del régimen de excarcelación anticipada, lo forman parte de la “pena” según el sentido del artículo 7 (véase, entre otros precedentes, Hogben; Hosein; L.-G.R. v. Suecia, nº 27032/95, decisión de la Comisión de 15 de enero de 1997; Grava; Uttley; Kafkaris; Monne v France (dec), nº 39420/06, 1 de abril de 2008; M. v. Alemania; y Giza v. Polonia (déc), nº 1997/11, apartado 31, 23 de octubre de 2012). Por ejemplo, en el asunto Uttley el Tribunal declaró que las modificaciones de las normas sobre excarcelación anticipada introducidas después de la condena del recurrente no se le habían “impuesto”, sino que formaban parte del régimen general aplicable a los reclusos y lejos de ser punitivas, su naturaleza y finalidad “tendían a permitir la excarcelación anticipada, de modo que no podrían calificarse de intrínsecamente “severas”. Por consiguiente, el Tribunal consideró que la aplicación al recurrente del nuevo régimen de excarcelación no formaba parte de la “pena” impuesta.

Conforme a los parámetros indicados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no cabe entender que la aplicación de la norma vigente al momento de la toma de decisión sobre la concesión de la libertad condicional constituya una aplicación retroactiva de ley penal desfavorable al no formar las previsiones sobre libertad condicional parte de la pena.

En este sentido, se han pronunciado ya la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia en auto 701/2015, de 5 de octubre, o la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia en auto 2134/2015, de 30 de julio, o el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia en auto de fecha 28 de septiembre de 2015, o el Juzgado de lo Penal nº 4 de Gerona en auto de fecha 12 de agosto de 2015, todos ellos recaídos resolviendo recursos de apelación.

En consecuencia, pretender seguir aplicando una norma derogada es tanto como querer hacer prevalecer la voluntad de juez, sobre la del legislador ante una modificación legislativa que no gusta, pero esta postura aparta al Juez de su función de aplicación de las leyes en los términos que las define el legislador.

II.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO. 1/2015, de 30 de marzo, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez de Vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios.

En tales casos en Juez de Vigilancia valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

El apartado 4 de ese precepto legal establece que son aplicables a la suspensión y libertad condicional por enfermedad y por edad que se regulan en ese artículo lo establecido en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 90 del Código Penal.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.5 in fine del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión, de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento, previsión que es una concreción, dentro de los límites mínimo y máximo (de 2 a 5 años), en el sentido de que dentro de esos límites taxativos nunca puede imponerse un plazo inferior a lo que resta de la condena, lo que impediría la concesión en el caso de que lo que reste de condena sea superior a cinco años.

III.- En el presente supuesto resulta que el Interno cumple una condena por un delito de amenazas, un delito de lesiones, un delito de quebranta-

miento, un delito de asesinato y tres faltas de vejaciones injustas de 16 años y 24 meses de prisión y que no cumple la libertad definitiva hasta 7/12/2024, por lo que restan más de cinco años de cumplimiento de condena, en concreto 7 años, 11 meses y 7 días, por lo que no puede serle concedida la libertad condicional sin incumplir un precepto legal Imperativo que establece los límites temporales, pues en ningún caso puede serle impuesto un plazo superior a cinco años, ni menor a lo que le resta de condena. Y en este sentido se ha pronunciado la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Auto de 13 de mayo de 2016 entendiéndose que no puede ser concedida la libertad condicional cuando restan más de cinco años de cumplimiento de condena, y el Juzgado de lo Penal nº 14 de Valencia en auto de 5 de abril de 2013, en un supuesto de libertad condicional por enfermedad.

Además como ha señalado la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Auto nº 1093/2015 de 19 de noviembre de 2015, el artículo 90.5 del Código Penal es: “de obligado cumplimiento por su tenor imperativo y por su significado literal claro y excluyente de cualquier otra interpretación (“In claris non fit Interpretatio)”, siendo un problema creado por legislador que a él le corresponde solventar, pues ha establecido una diferenciación clara entre la suspensión de toda la pena regulada en el artículo 80.4 del Código Penal que no está sujeta a requisito alguno, salvo el da no tener suspendida otra condena por el mismo motivo, y la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional que regula en los artículos 91 del Código Penal, en relación con el 90.4, 5 y 6, sujetándola al cumplimiento de una serie de requisitos entre los que está el del plazo al que remite expresamente la norma.

Y en este caso, como restan más de cinco años de cumplimiento no es posible la suspensión de ejecución y libertad condicional, por lo que procede su denegación.

Visto los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

No ha lugar a la concesión del beneficio de libertad condicional anticipada por haber cumplido la edad de setenta años durante la extinción de la

condena conforme al artículo 91.1 del Código Penal al penado F.M.Z. del Centro de Inserción Social Torre Espioca.

73.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 08/04/16

Denegación por padecimiento de enfermedad incurable pero no terminal.

Hechos

PRIMERO.- El presente expediente penitenciario de libertad condicional, se ha incoado en virtud de elevación de propuesta de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de libertad condicional del interno D... recibida el día 17 de marzo de 2016 en este juzgado. Dicho interno actualmente cumple condena en virtud de ejecutoria 50/2000 13 de abril de la Audiencia Provincial de Málaga, sección segunda, por un delito de blanqueo de capitales y de cohecho, ejecutoria 88/2000 13 de abril de Provincial de Málaga por malversación; ejecutoria 48/15 de la Audiencia Provincial de Málaga sección primera, por fraude; ejecutoria 148/2015 del Juzgado lo Penal de Málaga número dos por un delito contra la ordenación del territorio; ejecutoria 275/2015 del Juzgado de lo Penal número 9 por un delito contra ordenación del territorio; ejecutoria 181/2015 del Juzgado lo Penal número 9 por prevaricación y, finalmente, ejecutoria 313/2015 del Juzgado de lo Penal número 3 por un delito de urbanismo. Las condenas impuestas suman actualmente una pena de privación de libertad de 19 años y 12 meses. Todo ello en concordancia con el informe individual y plan de seguimiento que se aporta, acompañado del informe pronóstico de integración social que emite la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Málaga, acordado en sesión de fecha 16 de marzo de 2016, a efecto de libertad condicional (artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario). Del mismo modo se acompaña a dicha solicitud propuesta de destino de cumplimiento del tercer grado el CIS de Algeciras en ejecución de lo dispuesto en el Auto de la Audiencia Provincial de 11 de marzo de 2016, todo ello la forma obrante en autos.

SEGUNDO.- Por resolución del mismo día se acuerda requerir del Centro Penitenciario, y concretamente al servicio médico de dicha institución, a fin de que en el término de 24 horas se emita informe con la finalidad de aclarar la contradicción observada en la documentación enviada y que consiste en que, por un lado, y en el diagnóstico que el informe pronóstico de integración social a efecto de la libertad condicional del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario. Del mismo modo, el Ministerio Público manifiesta su conformidad con dicha propuesta en base también a una fundamentación escueta en la que someramente se contiene que se interesa la aprobación de la propuesta de libertad condicional propuesta en base al artículo 92.3 del Código Penal y artículo 196 del Reglamento Penitenciario interesando la imposición de las medidas que se contienen en los antecedentes de hecho.

Así las cosas, y respetando los contenidos del Acuerdo de la Junta de Tratamiento y del escrito del Ministerio Fiscal, la ausencia en los mismos de los criterios seguidos en su argumentación de una forma más detallada y pormenorizada en relación con la valoración de las circunstancias concretas y concurrentes en este caso que haya podido guiarles en su proceso de razonamiento y de toma de decisiones en relación con la firmeza del Auto N° 2123/2016 de 10 de marzo de la Ilma. Audiencia Provincial, impide conocer con la precisión que sería deseable los argumentos, motivos y valoración que hayan podido llevar a los mismos a entender que debe procederse de manera inmediata y prácticamente automática, así ha de deducirse de la parquedad de ambos escritos, a conceder la libertad condicional al señor... una vez que ha sido confirmada la progresión en grado del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario en el referido auto.

En este sentido ha de partirse precisamente de los autos de 3 de agosto de este juzgado y de 10 de marzo de este año de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga en los que se entendió que procedía la progresión del interno a tercer grado por enfermedad grave e incurable. Recordar que en el auto de 3 de agosto se establecía la progresión a 3^{er} grado por el motivo de enfermedad grave e incurable del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, debiendo de ser la Junta de Tratamiento la que determinaría, al menos inicialmente, la modalidad que estimara oportuna de dicho grado. Decisión adoptada frente al criterio del Centro Penitenciario y del Ministerio Fiscal que se mostraban disconformes con dicha progresión a pesar del informe favorable del propio servicio médico del Centro Penitenciario.

Criterio contrario que, por otra parte, se ha venido manteniendo a dicha progresión tanto por el Ministerio Público como por la Junta de Tratamiento en la tramitación de los diferentes expedientes seguidos a dichos efectos hasta que finalmente por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 3ª se ha confirmado dicha progresión en grado en virtud de auto N° 212/16 del pasado 10 de marzo. Auto firme que en trámite de ejecución ha provocado que finalmente hayan sido estimados los recursos del letrado del interno en los autos N° 1365/16 y N° 1366/16 de este juzgado del pasado 31 de marzo que actualmente penden del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Progresión a tercer grado que precisamente fue adoptada por razones humanitarias en aras de salvaguardar dicha dignidad intrínseca a toda persona antes mencionada, y en este caso del Sr..., en justo equilibrio constitucional entre el derecho a la vida y salud del mismo y la obligación legal del adecuado cumplimiento de las penas impuestas atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Pues no puede olvidarse que, al menos a juicio de quien hoy resuelve, el espíritu y la esencia de las resoluciones dictadas hasta ahora no es otro que permitir precisamente dicho equilibrio con el intento de garantizar ese punto de encuentro entre todos los bienes constitucionales en juego desde el momento en que el cumplimiento en régimen consta en el área sanitaria/terapéutica se expresa: “la existencia de un pronóstico desfavorable a medio plazo que requiere la asistencia constante y atención médica frecuente”, y por otra, la que se recoge en el informe pronóstico de integración social donde se recoge, por el contrario, “que es favorable por unanimidad al padecer una enfermedad grave y terminal...”. Del mismo modo se solicita informe donde deberá especificarse si se considera desde la perspectiva médica si es compatible la estancia del interno en Centro de Integración Social para continuar el cumplimiento en régimen de semilibertad, régimen de tercer grado, dado el contenido del auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera del pasado 11 de marzo, o si por contrario ello no sería posible. Del mismo modo se requiere también de manera expresa previsibilidad de pronóstico de vida del interno a la vista del estado actual del mismo y documentación médica correspondiente. También se acuerda requerir al Médico Forense para emitir informe en similares términos y en todo caso aclarando, previo reconocimiento del interno y de la información médica remitida, si se considera que señor... se encuentra en estado de enfermedad patente o terminal, a efectos de posible determinación de competencia prevista en el artículo 91

del Código Penal. En todo caso se requiere que se especifique si el interno se mantiene en estado grave e incurable, y si dicha enfermedad y estado en el momento actual es compatible con el auto dictado por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga en el que se confirma su progresión a tercer grado, en concordancia con el artículo 86 del Reglamento Penitenciario, o si ello no sería compatible con el estado actual del mismo. Por último también se solicita un pronóstico de vida del interno en estos momentos, todo ello la forma obrante en autos.

TERCERO.- Se recibe dicho informe del Centro Penitenciario el día 18 de marzo en el que se aclara que efectivamente existe un error y que el interno no padece una enfermedad terminal sino que, por el contrario, se trata de una enfermedad grave e incurable, del mismo modo informa el facultativo correspondiente “que no existe contraindicación médica para traslado a Centro de Integración Social siempre que pueda asistir a las diversas citas médicas extra penitenciarias que tiene programadas y pueda seguir el tratamiento prescrito” y que, así mismo, en virtud de informe médico actualizado del Centro Penitenciario a 9 de febrero de 2016 el pronóstico actual estimado es desfavorable a largo plazo (5-10 años). En consecuencia, con la información recibida se dicta resolución el día 21 de marzo en la cual se explica que ha de decaer la urgencia inicial que parecía deducirse del escrito remitido originariamente por el Centro Penitenciario vía fax el pasado 16 de marzo y, en consecuencia, se requiere al Médico Forense a fin de informar a la mayor brevedad posible pero sin que fuera necesario que se verificara en el término de 24 horas, todo ello en la forma que en autos consta.

Con fecha 29 de marzo se recibe el informe Médico Forense del cual, junto con el resto de la documentación se ha dado traslado tanto al Ministerio Fiscal como al letrado del señor... para alegaciones, una vez solventado el incidente la aclaración realizado por el letrado señor García Cabrera al que renuncia por escrito de fecha 30 de marzo, todo ello la forma que en autos consta.

CUARTO.- Con fecha 1 de abril se recibe escrito el Ministerio Fiscal interesando la aprobación de la propuesta de libertad condicional de conformidad con el artículo 92.3 del Código Penal y artículo 196 del Reglamento Penitenciario, solicitando su vez como medidas contenidas en los artículos 83 y 96.3 del Código Penal las siguientes: 1) prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización previa del juzgado, de-

biendo poner en conocimiento tanto los servicios de gestión de cómo del Juzgado de Vigilancia los cambios de domicilio; 2) Seguimiento estricto del tratamiento médico especializado con sometimiento expreso a los controles médicos que se determine por la Administración Penitenciaria, los cuales deberán informar con una periodicidad trimestral juzgado vigilancia de la evolución de su enfermedad y del estricto cumplimiento de indicaciones médica prescrita, evitando toda aquellas actividades que por prescripción facultativa puedan ser perjudiciales para su salud y prohibición de consumir alcohol y demás sustancias tóxicas y estupefacientes; 3) Presentación mensual ante los servicio de gestión de penas y medidas alternativas así como cuantas veces fuera requerido para ello; 4) Obligación de no delinquir y 5) Obligación del pago de la responsabilidad pecuniaria derivada de la causas penadas conforme a la capacidad económica en su caso.

Por su parte, con fecha 6 de abril se recibe escrito de alegaciones del letrado del señor... manifestando también su conformidad con la libertad condicional propuesta por el Centro Penitenciario en la forma que en dicho escrito se contiene quedando los autos sobre la mesa del que provee para resolver.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Vista la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento, así como el informe favorable del Ministerio Fiscal y del letrado del interno, sobre dicha pretensión habrá de resolverse. Para ello, en primer lugar se hace necesario partir de lo ya resuelto y, en consecuencia, de las resoluciones previas que han determinado la situación penitenciaria del Sr... hasta este momento.

En todo caso, no puede dejar de señalarse inicialmente que el hilo conductor de todas ellas, como el que lo será de la presente, no ha sido otro que la prudencial búsqueda del equilibrio constitucional entre el más absoluto respeto a la dignidad intrínseca que toda persona debe poseer, el deber de aplicar la ley para el adecuado cumplimiento de las penas impuestas, atendiendo al caso concreto, y las consecuencias que ello pudiera tener en el caso que se resuelve para la vida y la salud del interno en concordancia con los informes médicos que en cada momento se han elaborado al efecto.

Así, una vez que por la Audiencia Provincial se ha confirmado la progresión en grado por enfermedad grave e incurable, se planteó por la Junta de Tratamiento la propuesta de concesión de la libertad condicional en la forma que en autos consta y en la que se contenía que el pronóstico de integración social era favorable por unanimidad al padecer enfermedad grave y terminal, aunque posteriormente se aclaraba por el Centro Penitenciario que se trataba de un error y que en realidad se trataba de enfermedad grave e incurable del interno sin que el mismo se encontrara ni se encuentre en fase terminal. Circunstancia ratificada por el Médico Forense en su informe de 29 de marzo. Propuesta que se realiza con abierto es inherente al tercer grado, artículo 101.2 del Reglamento Penitenciario, y pudiera llegar en su caso, si así se acordara y en el ámbito que le es propio, a otorgarse tal modalidad de vida que pudiera resultar equiparable a la llevada si se acordara la libertad condicional del interno.

Siendo además que dicha progresión a un régimen de semilibertad en un centro abierto ha de considerarse como el paso prudencial previo en este caso a una posible libertad condicional si efectivamente existieran razones para ello una vez observada la posible evolución del interno en dicho régimen de vida. Ello en concordancia con el Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga de 10 de marzo e informes médicos obrantes en las presentes actuaciones que como luego se analizará concluyen “Que no existe contraindicación médica para traslado a Centro de Integración Social, siempre que pueda asistir a las diversas citas médicas extra penitenciarias que tiene programadas y pueda seguir en el que el tratamiento prescrito” o que no es esperable mejoría importante de su estado de salud ni a corto ni largo plazo “en su situación penitenciaria actual” lo que impide, también prudencialmente, desconocer la posible evolución en un régimen de semilibertad y centro abierto como paso previo a la posible libertad condicional.

En este sentido puede ser aclaratorio el auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, siendo ponente el señor don Arturo Beltrán, resolución de fecha 21 de enero de 2009, establece en su fundamento sexto, tras analizar el caso de un enfermo HIV positivo, VCH positivo y VHC positivo. “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 peligrabilidad y capacidad de

delinquir. Se acordará pues la progresión del penado al tercer grado de clasificación.... 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”.

Se trata en definitiva de que el tercer grado otorgado por este juzgado y por la Audiencia Provincial puede llegar a permitir, si es así se acordara y atendiendo a las circunstancias particulares del caso, una modalidad de vida prácticamente equiparable a la que pudiera obtenerse con la libertad condicional. Aunque, al contrario que en el caso de otorgarse la libertad condicional automáticamente, permite continuar valorando prudencialmente la evolución tanto de salud como tratamental del interno en dicho grado, recordemos que esto es precisamente lo que viene a resolver la Audiencia Provincial, una vez determinada la modalidad de vida que pudiera concederse. Así mismo permitiría valorar posibles decisiones futuras en materia de clasificación penitenciaria, bien sea en el sentido de que a que pudiera haber lugar a conceder la libertad condicional, bien sea a que pudiera existir una posible regresión en grado si las circunstancias y evolución médica así lo determinaran de haber una mejoría que así lo permitiera una vez concedido el tercer grado y dada la indeterminación del pronóstico de vida reflejado en el informe del Médico Forense y que, en el caso del Servicio Médico del Centro Penitenciario se establece actualmente de 5 a 10 años. En este sentido recordar el acuerdo adoptado por unanimidad en el año 2005 en la reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, acuerdo N° 43, que establecía literalmente que “La mejoría en el estado de salud de los internos clasificados en tercer grado, por la vía del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, permite su regresión a 2º grado”. Acuerdo, que por otra parte, viene a dar entidad propia y plena a dicho precepto.

SEGUNDO.- Partiendo de lo expuesto, y dada la particularidad y la especificidad del caso que se resuelve, se intentará realizar aún un mayor esfuerzo explicativo a fin de facilitar la comprensión de la presente resolución tratando de dar respuesta a las diferentes cuestiones planteadas por el letrado del interno y explicando los motivos y las razones que en su caso puedan llevar a compartir, o no, los diferentes criterios esgrimidos a fin de resolver lo procedente.

Este sentido, en primer lugar, ha de aclararse que dada la reciente reforma de la figura de la libertad provisional con la reciente Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, y dado que en el ejercicio de la protección de los derechos que le son inherentes al interno, la asistencia letrada del mismo ha considerado más favorable la aplicación de la normativa vigente dada la propia fundamentación legal en la que viene sustentando sus pretensiones, a ella habrá de estarse por considerar que corresponde precisamente a cada interno determinar que norma entiende como más favorable de aplicación en el caso de elevación de expediente de libertad condicional para su tramitación.

Partiendo de lo expuesto ha de compartirse parte del primer alegato del letrado del interno, en cuanto que no puede compartirse la naturaleza formalista e instrumental dada al artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario por la Junta de Tratamiento y respaldada por el Ministerio Público. Ello es así porque no puede sostenerse que todos los casos son iguales sin más y no realizar valoración alguna de las circunstancias concurrentes en el presente caso y sin tener en cuenta las resoluciones judiciales dictadas previamente en la causa que nos ocupa, ni los informes médicos concretos que, tanto el Servicio Médico del Centro Penitenciario, como el Médico Forense han emitido a requerimiento de este juzgado y en los que, entre otras manifestaciones, expresan que desde el punto de vista médico no hay contraindicación médica para ser trasladado al CIS siempre que pueda asistir a las diversas citas médicas extrapenitenciarias que tiene programadas y pueda seguir el tratamiento prescrito.

En este sentido se hace necesario recordar que ante la pregunta expresa realizada por este juzgado a los facultativos y consistente en si “se considera desde el punto de vista médico compatible la estancia del interno en el Centro de Integración Social que se determine para continuar el cumplimiento de régimen de semilibertad, tercer grado, al haberse confirmado el Auto dictado por este juzgado el pasado 3 de agosto, tal y como se contiene en el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Secc 3ª, del pasado 11 de marzo, o si por el contrario desde el punto de vista médico ello no sería posible “se ha manifestado por el propio Servicio Médico del Centro Penitenciario “Que no existe contraindicación médica para traslado a Centro de Integración Social, siempre que pueda asistir a las diversas citas médicas extra penitenciarias que tiene programadas y pueda seguir en el tratamiento prescrito” y por el Médico Forense que “Respecto del cumplimiento de

cualquier régimen de internamiento en base a la patología que presenta, desde el punto de vista médico en concordancia con el informe emitido por el facultativo de salida penitenciaria número 10.229 de fecha 17 de marzo 1016, no existe contraindicación médica siempre que pueda asistir las citas médicas programadas y seguir el tratamiento prescrito” o que es esperable mejoría importante de su estado de salud ni a corto ni largo plazo “en su situación penitenciaria actual” lo que impide, también prudencialmente, desconocer la posible evolución en un régimen de semilibertad como paso previo a la posible libertad condicional.

Es por ello que por la Junta de Tratamiento ni por el Ministerio Fiscal no se considera adecuado, como ya se ha expuesto en los autos dictados en los incidentes de ejecución del Auto de la Audiencia Provincial dictado en el recurso de apelación 3799/15, autos de este juzgado N° 1365/16 y N° 1366/16 del pasado 31 de marzo que deben darse por reproducidos y en los que no se comparte la argumentación esgrimida por aquéllos.

Conviene este momento, y como se ha dicho para facilitar la comprensión de la presente resolución, recordar lo que ya se expuso por este juzgado en el auto del pasado 31 de marzo pasado “A mayor abundamiento, y como ya se ha dicho respetando el contenido del informe emitido por el Centro Penitenciario y por el Ministerio Fiscal, y sin perjuicio de lo que pueda resolverse precisamente en el recurso de queja y en el expediente de libertad condicional, tampoco puede compartirse el pretendido carácter instrumental del art 104.4 del Reglamento Penitenciario que se defiende por ambos al amparo de la doctrina y tratados existentes, pues sin perjuicio del respeto y consideración que los mismos pueden merecer, ello supondría, por una parte y en este caso concreto, dejar absolutamente sin efecto el contenido de dos resoluciones judiciales hoy firmes que expresamente ya se han pronunciado en este caso en base a las interpretaciones doctrinales alegadas al efecto que en ningún caso pueden ser aplicadas de manera general sin tener en cuenta las particularidades del caso. Y, por otro, porque pretender defender que todos los casos en los que existe una progresión de grado fundamentada en el artículo 104.4 deben de ser resueltos de manera automática, y sin que se tenga en cuenta la particularidad, antecedentes e individualidad de cada uno de ellos, más aún cuando existen dos resoluciones judiciales previas, sencillamente pudiera suponer dejar de lado una de las más elementales normas de derecho penitenciario que no es otra que la indiscutible necesidad de resolver individualmente y atendiendo al caso

concreto teniendo en cuenta las particularidades del caso y circunstancias concurrentes en cada uno de los casos planteados. Entender, como parece deducirse tanto del informe de la Junta de Tratamiento como del escrito del Ministerio Fiscal, que necesariamente toda progresión por enfermedad grave incurable a tercer grado en la aplicación del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario es un mero trámite que por sí mismo no tienen entidad alguna supone dejar en sí mismo sin efecto el principio de legalidad al recogerse en el artículo 101.2 del Reglamento Penitenciario “El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades” y en el artículo 72.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que “Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto”. A mayor abundamiento supone dejar dicho precepto, artículo 104.4 Reglamento Penitenciario, sin contenido y vacío en relación, a su vez, con el artículo 91.1 y el 91.2 del vigente Código Penal que establece en los casos que el mismo se regula, por razones de edad o de enfermedad, que los penados “podrán” obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional...”.

En este mismo sentido destacar que en este mismo juzgado se dictó resolución en el expediente 96/2007, en el que se elevaba solicitud de libertad condicional por el Centro Penitenciario en virtud también del artículo 104.4 a propuesta del Centro Penitenciario y sin embargo fue denegada la misma dada la lejanía de la fecha de cumplimiento, en relación con la gravedad de los delitos por lo que se cumplía condena y en espera de conocer la evolución de la enfermedad y el desenvolvimiento del penado durante el disfrute del tercer grado penitenciario.

Es por ello, que como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, no puede compartirse la interpretación que se está realizando por la Junta de Tratamiento del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario en relación con los artículos 91.1 y 91.2 del vigente Código Penal y ello, a su vez, en relación a lo resuelto por este juzgado en auto de 3 de agosto y sobre todo con lo dispuesto por la Audiencia Provincial en su auto de 11 de marzo del presente año. A mayor abundamiento es difícil comprender dicha argumentación y posicionamiento cuando del propio informe emitido por el propio facultativo del Centro Penitenciario, y previo “enterado” del Subdirector/Jefe de Servicio Médico para la aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario que ha servido de base a la propuesta de la Junta

de Tratamiento, se constata que a fecha 9 de febrero de 2016 el pronóstico actual estimado pasaba de ser desfavorable de 1 a 5 años a ser desfavorable de 5 a 10 años concretando que en ese momento el interno podía cuidar de sí mismo aunque fuera incapaz de desarrollar una actividad normal o trabajar según índice de Karnofsky. Criterio por tanto no coincidente con el que se emitió en su día en el recurso de queja número 2083/15 seguido este juzgado y que dio lugar al auto de 3 de agosto en el que se estimó la progresión a tercer grado en base, entre otros informes y circunstancias, al informe médico emitido por el facultativo correspondiente del Centro Penitenciario con fecha 27 de julio y ratificado posteriormente por la subdirección médica en cuanto el pronóstico en dicho momento era desfavorable medio plazo (1 a 5 años) y se requería por el interno asistencia importante y atención médica frecuente según índice de Karnofsky. Y ello sin perjuicio de que dicho criterio emitido el 9 de febrero no fuera plenamente coincidente con el emitido posteriormente por el Médico Forense pero del que no puede tampoco deducirse que dicho criterio de pronóstico de vida sea incorrecto o erróneo dado que nos movemos en el ámbito de la probabilidad y dadas las numerosas variables intervinientes.

Es decir que según el criterio del propio Servicio Médico del Centro Penitenciario no sólo no se ha seguido produciendo un empeoramiento del interno sino que ha mejorado, y además se pasa de un pronóstico desfavorable a medio plazo de 1 a 5 años, a uno desfavorable a largo plazo de 5 a 10 años. Del mismo modo el interno ha pasado de requerir asistencia importante y atención médica frecuente a que puede cuidar de sí mismo aunque sea incapaz de desarrollar actividad normal o trabajar según el índice Karnofsky ante referenciado.

No obstante lo expuesto, también ha de tenerse en cuenta y ser valorado conjuntamente con los anteriores informes médicos del Centro Penitenciario el informe emitido por el Médico Forense con fecha 29 de marzo en el que expone literalmente” como ya se ha explicado y pormenorizado tras los varios reconocimientos realizados al señor... y el estudio de los informes tanto clínicos como evolutivos del hospital clínico de Málaga y de los servicios médicos del Centro Penitenciario de Málaga emitidos durante más de un año este interno padece una pluripatología que puede considerarse como enfermedad grave e incurable, con riesgo indeterminado para su salud, ya que por su carácter puede cursar con agravamiento súbitos que pongan en riesgo su capacidades físicas o psíquicas e incluso su vida si no

se le prestan atención médica urgente y especializada. No obstante en el momento actual no puede considerarse como enfermedad terminal. Dada la característica de la pluripatología que presenta señor... y específicamente en relación con la grave afectación cardiocirculatoria, el establecer un adecuado pronóstico vital es cuanto menos aventurado, dados los múltiples componentes que pueden intervenir en la misma. Si bien parece claro que actualmente necesita asistencia médica importante continuada y su estado físico, como ya se ha indicado en otro informe, es actualmente cuanto menos de debilidad evidente (no se entiende del punto de vista médico informe emitido con fecha 9 de febrero de 2016 por el servicio médico de instituciones penitenciarias, portador esta diligencia y que obvia toda la información médica previa portada la causa). Respecto del cumplimiento de cualquier régimen de internamiento en base a la patología que presenta, desde el punto de vista médico en concordancia con el informe emitido por el facultativo de salida penitenciaria número 10.229 de fecha 17 de marzo 2016, no existe contraindicación médica siempre que pueda asistir las citas médicas programadas v seguir el tratamiento prescrito”.

En conclusión y como ya se explicó en anteriores informes: 1) esta persona sigue evolucionando de su pluripatología grave e incurable, necesitando asistencia médica especializada y dadas las características de la misma no puede descartarse la presentación de complicaciones de tipo súbito que pongan en peligro su vida o su integridad física, que solo podría ser controlados inicialmente por aliados en una institución penitenciaria y contará con todos los servicios adecuados para este tipo de situaciones urgentes y críticas. 2) por otro lado existe constancia científica de que el tipo de patología que presenta el interno se vería beneficiada de una reducción de la situación de estrés que implica la estancia carcelaria. Respecto del cumplimiento de en cualquier régimen de internamiento no existe contraindicación médica siempre que pueda asistir a las citas médicas programadas y seguir el tratamiento prescrito. 3) respecto de su pronóstico vital, no existe ningún método fiable conocido por este médico forense que pueda valorar de forma cierta el mismo para este tipo de patologías, como ya se documenta en anteriores informes, ya que la misma como se ha explicado reiteradamente puede cursar con reagudizaciones impredecibles que ocasionen importante daño físico importante incluso riesgo vital y más dada la avanzada edad del interno.

Por ello me ratifico completamente en todas las conclusiones incluidas las relativas a la estancia en medio carcelario, ya emitidas en los anteriores informes, con las apreciaciones anteriormente establecidas, no siendo esperable mejoría importante de su estado de salud ni a corto ni largo plazo en su situación penitenciaria actual”.

Es decir, tampoco se observa por el Sr. Médico Forense que no pueda darse cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial en cuanto a continuar el cumplimiento de las penas impuestas en tercer grado en el Centro de Internamiento Social que se ha determinado, en este caso Algeciras, ni se descarta una posible mejoría, que no curación, una vez que su situación penitenciaria no sea la actual. Circunstancia que es precisamente la que llevó a estimar la progresión a tercer grado a fin de aliviar las condiciones carcelarias inherentes a 2º grado y facilitar, desde el más absoluto respeto a la dignidad intrínseca que toda persona debe tener y el deber de aplicar la ley para el adecuado cumplimiento de las penas impuestas atendiendo al caso concreto, unas condiciones carcelarias y penitenciarias diferentes a las existentes en este momento y más adecuadas y favorables para la salud del interno.

TERCERO.- En este punto del razonamiento de la presente resolución, nuevamente ha de recordarse la resolución también dictada por este juzgado el pasado 31 de marzo en la que se resolvía el recurso de queja ante la denegación de la aplicación de los beneficios del tercer grado concedido a señor... al amparo de entender que dicha cuestión estaba su-peditada a la resolución del expediente de libertad condicional y al hecho de que el interno se encontraba ingresado en un centro cerrado y pendiente de su traslado al CIS de Algeciras que había sido adjudicado. En este sentido en dicha resolución se hacía referencia a cómo el Auto de la Audiencia Provincial venía a complementar el Auto dictado por este juzgado y establecía expresamente “Sin embargo, respetando dicha interpretación, al igual que el de la Junta de Tratamiento, no pueden compartirse puesto que en el caso concreto que estamos analizando, y sin perjuicio de dar íntegramente por reproducidos los argumentos que ya se contienen en el auto que resuelve el recurso contra la providencia del día 23 de marzo, existe con carácter previo al momento en que nos encontramos una valoración de las circunstancias concurrentes en sendas decisiones judiciales en las que se analiza y se resuelve la particularidad del caso presentado. Resolución de la Ilma. Audiencia Provincial en la que de manera expresa

se establece”... la concesión de tercer grado penitenciario no supone que se esté acordando la exoneración al mismo de la pena impuesta, sino que su cumplimiento seguirá llevándose a cabo en la forma establecida para el grado (tercero) penitenciario que se acuerda conceder, entendiéndose, además, que con la solución que se adopta no resultan menoscabados los principios de retribución y prevención inherentes a las penas privativas de libertad, sino que además, en el caso concreto de que se trata, se posibilita, del modo más efectivo posible, la finalidad de reeducación y reinserción social establecida como orientación de dichas penas en el artículo 25.2 de la Constitución. Resolución, que por su literalidad, como luego se analizará más detalladamente, parece que tampoco deja lugar a dudas sobre la motivación del juzgador en cuanto en este caso reafirma la progresión a tercer grado, se insiste expresamente en dicho aspecto, a fin de posibilitar, insistimos en este caso, la reeducación y la reinserción social del interno, siendo por tanto que se resalta expresamente el contenido tratamental que en este caso se da a la aplicación del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario sin que sea posible, al menos prudencialmente, llegar a otra conclusión dada la literalidad de la motivación que se contiene en la resolución analizada.

Desde esta perspectiva lo cierto es que la pretendida interpretación realizada tanto por la Administración Penitenciaria, como en este caso por el Ministerio Fiscal, vendrían a dejar sin contenido las resoluciones judiciales anteriores al amparo de una interpretación de la normativa penitenciaria en la que no existe, por otra parte, precepto legal alguno de carácter específico que impida el cumplimiento exacto de la resoluciones judiciales dictadas. Como ya se expuso anteriormente en la resolución que resolvía el recurso de reforma contra la Providencia de 23 de marzo, y que como ya se ha expuesto debe de darse por reproducido a todos sus efectos, se hace necesario recordar el artículo 3.2 del Reglamento Penitenciario, RD 190/196, de 9 de febrero, en el que se contiene que los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes y el artículo 101,2 del mismo texto legal en cuanto el tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.

Es por ello, que al menos inicialmente y en estos momentos, además de darse en dicho auto en este caso y para el Sr... un carácter tratamental al artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, viene a establecer también de manera expresa, en lo que se refiere al cumplimiento de la

propia resolución, “... que su cumplimiento seguirá llevándose a cabo en la forma establecida para el grado (tercero) penitenciario que se acuerda conceder...”, entendiéndose además que con la solución que se adopta no resultan menoscabados los principios de retribución y prevención inherente a la pena privativa de libertad sino que, como se ha dicho en el caso del que se trata en dicha resolución y que no es otro que el que nos ocupa, se posibilita del modo más efectivo posible, la finalidad de reeducación y reinserción social del interno. Es por lo expuesto que no puede compararse ni el criterio de la Junta de Tratamiento ni el criterio del Ministerio Fiscal al partir ambos de premisas y antecedentes, que a menos prudencialmente y a juicio del que hoy resuelve, son diferentes a los que concurren en el presente caso.

Para completar el razonamiento de quien hoy resuelve, y en un intento de facilitar la comprensión del mismo, también es conveniente recordar que, en relación con la cuestión debatida, en el fundamento jurídico séptimo de la resolución del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria 167/2012, de 30 de agosto, se contiene precisamente una posición diferente del Ministerio Fiscal actuante en dicho caso al recogerse “El Ministerio Fiscal en su informe de 27 de agosto de 2012 se opone a la libertad condicional del penado a considerar que no se cumplen en el momento actual los requisitos exigidos por la legislación vigente, sin perjuicio de señalar que la situación de tercer grado permite de forma flexible la aplicación de los remedios terapéuticos que la enfermedad del penado reclama para el adecuado tratamiento médico del mismo”. Si a ello se le une el acuerdo que fue adoptado por unanimidad en la reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria 2005, regla 43.2, en la que se establecía “La mejoría en el estado de salud de los internos clasificados en tercer grado por la vía del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, permite su regresión a segundo grado”, hace concluir, prudencialmente, que la resolución dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga completando y confirmando la resolución de este juzgado de fecha 3 de agosto, es perfectamente compatible con determinados supuestos, en los que por las circunstancias concretas del mismo, puede que el otorgamiento de la progresión a tercer grado en virtud del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario no lleve de manera inherente e inmediata la posible concesión de la libertad condicional y ello sin perjuicio, como ya se ha expuesto, de lo que pueda resolverse, a los efectos que a nosotros nos ocupan, en el expediente que ha dicho fin se tramita al efecto”.

Partiendo por tanto de lo expuesto, no puede considerarse como ya se ha dicho que el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario carezca de entidad por sí mismo y tenga un carácter meramente instrumental, e incluso de aplicación automática como se deduce de lo actuado por el Centro Penitenciario, siendo considerado un mero instrumento medial o teleológico con la finalidad exclusiva de aplicar la libertad condicional al interno que haya obtenido el beneficio de progresión en grado por enfermedad muy grave e incurable. Como se ha expuesto, y aunque no puede obviarse que efectivamente existe un sector doctrinal que entiende posible dicha interpretación y que pudieran existir resoluciones judiciales próximas a dicha postura, también es cierto que hay que estar al caso concreto y que no todos los tribunales han venido necesariamente pronunciándose en dicho sentido. Baste como ejemplo por su proximidad del tiempo y por su claridad el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Secc 3ª, de fecha 19 de mayo de 2011, rollo de apelación número 139 de dicho año, en el que literalmente se contiene “Debe partirse de que el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario prevé la concesión de la progresión en grado para los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables como una facultad del juez y no como una concesión automática. La misma consideración debe hacerse respecto de lo previsto en el artículo 196.2 de dicho reglamento que establece la posibilidad de concesión del beneficio de la libertad condicional a los internos que tengan la condición de enfermos muy graves con padecimientos incurables”.

Es por lo expuesto que no necesariamente ha de llegarse en todos los casos a una aplicación automática de la libertad condicional una vez obtenido el beneficio de la progresión en grado prevista en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario y en consecuencia debe de estarse al caso concreto objeto de resolución. A mayor abundamiento el artículo 91.1 del Código Penal recoge expresamente que es una facultad la concesión o no del beneficio de la libertad condicional al utilizar la forma verbal “podrán obtener”, otra interpretación sencillamente dejaría sin efecto la posible valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso que el tribunal debe de realizar y la redacción de dicho precepto, en tal caso, debiera haber sido otra.

Es por ello que no pueden compartirse en este caso los argumentos de la defensa del interno pues en este caso, y valoradas todas las circunstancias concurrentes, la Ilma. Audiencia de Málaga se ha pronunciado expresamen-

te aclarando que de la solución que se adoptaba otorgando el tercer grado no podían resultar menoscabados los principios de retribución y prevención inherentes a las penas privativas de libertad habiéndose de posibilitar del modo más efectivo posible la finalidad de reeducación y reinserción social que viene establecida como orientación de las penas impuestas. Menoscabo que se produciría de manera automática, precisamente, en caso de otorgar la libertad condicional pues al carecer la figura de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y consiguiente libertad condicional de los fines antes mencionados en la forma en que son de aplicación en el tercer grado se estaría dejando con la presente resolución sin efecto el auto dictado por la Ilma. Audiencia Provincial hace apenas unos días. Este modo de proceder pudiera incluso ser interpretado como un fraude de naturaleza procesal tendente a hurtar toda efectividad a lo resuelto por la Audiencia Provincial una vez que tanto por el médico del Centro Penitenciario como por el Médico Forense informan de la posibilidad de que médicamente no existe impedimento para que el interno pueda ser trasladado al CIS siempre que pueda asistir a las diversas citas médicas extrapenitenciarias que tiene programadas y pueda seguir el tratamiento prescrito. Resolución que además se vería huérfana de posible ante la Audiencia Provincial que acordó la progresión en grado al haber sido informada favorablemente dicha libertad condicional por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Respecto al resto de argumentos alegados por el letrado del Sr. en favor de la concesión de la libertad condicional, y dado lo expuesto anteriormente, tampoco pueden compartirse los mismos en cuanto a que toda la jurisprudencia alegada en su escrito no resulta incompatible con el caso que hoy se resuelve en el que desde el más absoluto respeto a la dignidad humana del interno, a su vida y a su salud, se están teniendo en cuenta en todo momento los informes médicos que se han ido aportando a las actuaciones y que igual que determinaron la conveniencia de la progresión a tercer grado, ahora han manifestado que no existe inconveniente médico para que se pueda dar cumplimiento a lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación dictado en el expediente 3799/15. Si a ello se le une que en un intento de buscar ese equilibrio constitucional antes mencionado, que se han intentado valorar todas las circunstancias concurrentes, entre la que destaca también que es precisamente su estancia actual en un centro carcelario cerrado como el que se encuentra, el que impide mejoría alguna en su enfermedad, y que precisamente por ello se ha progresado en grado para facilitar un régimen

de vida más flexible, en régimen abierto y en la modalidad que, al menos inicialmente, pueda determinarse por la Junta de Tratamiento correspondiente, ha de concluirse que no sólo no se produce vulneración de derecho constitucional alguno, sino que por el contrario se está intentando velar por la protección de todos los derechos del interno en justo equilibrio con el resto de bienes jurídicos protegidos entre los que destacan la necesidad de dar adecuado cumplimiento a las penas impuestas atendiendo a cada caso concreto y el deber de dar también adecuado cumplimiento a la resoluciones judiciales firmes que se hayan dictado previamente. En este sentido recordar que ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1988), en síntesis, señalando que los artículos 24.1, 117.3 y 118 Constitución Española, “en cuanto atribuyen a los Jueces y Tribunales la función de ejecutar lo juzgado –que, con la de juzgar, integra la finalidad o contenido de la jurisdicción– (artículo 117.3), imponen el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales y el de colaboración en su ejecución (artículo 118) y, por último, reconocen, a quienes impetran la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos, el derecho a la ejecución de tales resoluciones judiciales (artículo 24.1 de la Constitución Española)”. Esto es, que la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (Sentencias del Tribunal Constitucional 167/1987, 92/1988 y 107/1992). La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional). A ello obedece que el Tribunal Constitucional reiteradamente haya declarado que la ejecución de las sentencias constituya no sólo parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce, sino también (Sentencia del Tribunal Constitucional 167/87 de 28 octubre, por todas) un principio esencial de nuestro ordenamiento, destacando “el lugar central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo

cumplimiento ocupan en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su artículo 1º” (f. j. 2º).

A mayor abundamiento, hay que insistir en la necesidad de la cautela que ha de presidir en casos como el que nos ocupa y donde pueden concurrir circunstancias tan concretas y específicas que impiden traslaciones genéricas y absolutas si no se tiene en cuenta la particularidad de los diferentes informes médicos existentes en cada caso, o la posible previsibilidad, como concepto carente de verificación indubitada, del pronóstico de vida existente (recordemos nuevamente que en el presente caso y en estos momentos por el Médico Forense se manifiesta que establecer un adecuado pronóstico vital es cuanto menos aventurado dados los múltiples componentes que pueden intervenir en la misma y que junto a dicha indeterminación sólo existe la opinión del Servicio Médico de la Prisión, firmado por el correspondiente facultativo con el visto bueno de la Subdirección Médica, que actualmente concede un pronóstico de vida de 5 a 10 años). Ello en relación con el resto de circunstancias concurrentes en cada caso que de manera absolutamente individual han de ser valoradas prudencialmente.

Así las cosas, ha de volverse a insistir que uno de los principios que impregnaban las resoluciones judiciales ya dictadas, era el de la necesidad de respetar las razones humanitarias y de dignidad personal que debían de prevalecer en casos como el que hoy se resuelve, en concordancia con la jurisprudencia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y es precisamente por dicha circunstancia, entre otras, por la que se destacaba la incorporación del principio de humanidad de las penas. Así, reproduciendo la expresión de la Audiencia Nacional en su resolución de 19 de septiembre de 2012 cuando se refiere a que el principio de respeto a la dignidad humana surge de la consideración de la persona, al margen de su actos como fin en sí mismo: el individuo no puede ser reducido a objeto, y ha de ser protegido jurídicamente frente a todo intento de cosificación. En este sentido el Médico Forense venía a manifestar entre sus conclusiones que, dado el estado de salud que presentaba el señor, no podía obviarse que encontrarse en un establecimiento penitenciario alejado del entorno social y familiar podía influir en una evolución más desfavorable de toda la grave patología que presentaba en ese momento, y que precisamente en atención a dicha circunstancias de salud y el hecho de constatarse la existencia de una enfermedad grave e incurable, llevó a este juzgado a entender que a

fin de mitigar el padecimiento del interno y facilitar su mejoría era compatible la continuación de su tratamiento en tercer grado, y por tanto en un centro abierto, dadas entre otras circunstancias las también innumerables ocasiones con que el interno debía ser trasladado continuamente al centro hospitalario correspondiente. Es por ello que el razonamiento contenido en las resoluciones de las que se trae causa, de 3 de agosto y de 11 de marzo del presente año, se mantienen plenamente vigentes en estos momentos puesto que se ha ratificado por los informes médicos actualizados expresamente para este expediente que no existe inconveniente médico en que por el Sr... sea trasladado al CIS en la forma que ya ha sido analizada. Todo ello en relación con el contenido de la resolución de 3 de agosto, donde se hacía referencia expresa a que el tercer grado que se otorgaba en dicho momento no suponía un no cumplimiento de la condena, sino que la misma se cumplieran el grado adecuado a las circunstancias del interno, que no era ni más ni menos que la aplicación al caso concreto del principio de individualización científica en el cumplimiento de la pena. Forma de cumplir, por lo demás, que exigía un escrupuloso respeto a las normas de cumplimiento en su más amplio sentido ya que siempre iría acompañada de una posible regresión si el incumplimiento de dicha norma o circunstancia sobreviniera así lo determinan.

Para terminar el razonamiento de la presente resolución, concluir que no resultan tampoco aplicables los argumentos exhibidos por el Ministerio Fiscal en su escrito de informe favorable de la libertad condicional en relación a la aplicación del artículo 92.3 del Código Penal, pues por una parte como ya se ha expuesto por la propia actuación y fundamentación de la representación del interno, la normativa aplicable al presente caso en la normativa vigente, y por otra porque tampoco sería aplicable dicho criterio desde el momento en que la enfermedad en ningún caso es actualmente patente en cuanto terminal como así lo ha manifestado de manera clara y contundente tanto el servicio médico del Centro Penitenciario como el Médico Forense. Obviamente pretender dar otro sentido al término de enfermedad patente sería dejar sin efecto las previsiones reguladas en los párrafos primero y segundo del artículo 92 alegando por el Ministerio Público o en los párrafos primero y segundo del vigente artículo 91 del Código Penal. Desde esta perspectiva también han de ser rechazados los argumentos realizados en este sentido por el letrado del Sr....

Es por todo lo expuesto que no procede conceder la suspensión de ejecución del resto de condena del señor... y, en consecuencia, la libertad condicional solicitada. Y ello sin perjuicio de lo que pueda ir resolviéndose a la vista de la evolución del estado de salud y evolución penitenciarias del interno en ejecución de lo ya resuelto anteriormente, en un régimen de vida de semilibertad y en un centro abierto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada momento o a través de los recursos y peticiones que por el propio interno pudieran corresponder.

En su virtud,

ACUERDO

No haber lugar en este momento a suspender la ejecución del resto de la pena impuesta al penado D.... Y en consecuencia, no procede tampoco en este momento el otorgamiento de la libertad condicional propuesta por la Junta de Tratamiento de fecha 16 de marzo de 2016.

74.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/11/16

Denegación de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.R.R. del Centro Penitenciario CIS Huelva formulando queja solicitando incoación de expediente de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes da su condena.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la solicitud formulada por el interno A.R.R. de incoación de expediente de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes de la condena, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario y de lo dispuesto en el artículo 90.2 del Código Penal, procede su desestimación, tal y cómo ha interesado el Ministerio Fiscal, pues si bien dicho interno se encuentra en tercer grado, la Junta de Tratamiento señala en su informe que el interno no cumple los requisitos exigibles por constar en el expediente del interno dos expedientes disciplinarios, ya cancelados, pero que determinan la inexistencia de un pronóstico claramente favorable que permita considerar concurrentes las características de excepcionalidad referidos para el adelantamiento. En todo caso deberá volverse a estudiar su caso por la Junta de Tratamiento, antes de la fecha prevista para el cumplimiento de las 3/4 partes.

TERCERO.- Se colige que no existe basa para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa 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 artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno A.R.R. del Centro Penitenciario CIS Huelva.

**75.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA
DE HUELVA DE FECHA 30/03/16**

Desestimación de libertad condicional anticipada.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno D.P.G. del Centro Penitenciario Huelva formulando queja solicitando el adelantamiento de la Libertad Condicional.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la desestimación de la misma.

Razonamientos jurídicos

Único.- Que valoradas en conjunto las alegaciones contenidas en el escrito del interno y la información aportada por el Centro Penitenciario, procede desestimar la queja planteada en cuanto la Junta de Tratamiento del CIS-Huelva ha acordado denegar el adelantamiento de la libertad condicional, al estimar que no concurren los requisitos legales, dada la irregular trayectoria conductual del interno durante su internamiento, al negarse a llevar a cabo el programa de rehabilitación de alcoholismo que le fue propuesto dentro de su programa individualizado de tratamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno D.P.G. del Centro Penitenciario Huelva.

76.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 07/12/16

Denegación de concesión por no finalizar programa específico.

Hechos

PRIMERO: Que por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva se elevó con fecha 02-11-16 la anterior propuesta de concesión de libertad condicional al interno P.A.R.P.

SEGUNDO: Incoado y tramitado el expediente penitenciario, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quién informó en el sentido de oponerse a la concesión de la libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

Único: Examinada la documentación e informes que acompañan la propuesta formulada, hay que tener en cuenta que si bien el interno se halla clasificado en tercer grado de tratamiento y extinguió las tres cuartas partes de su condena el día 15-05-16, no existe respecto del mismo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no concurriendo por ello el requisito exigido por el artículo 90.3º del Código Penal conforme a su redacción anterior, al haberse emitido por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva informe desfavorable por unanimidad, ni conforme a las circunstancias concurrentes, se estima procedente la concesión de la suspensión de la condena conforme al artículo 90.1 inciso 2º del Código Penal vigente, en cuanto el interno no ha finalizado todavía el Programa específico del control de la agresión sexual iniciado en febrero de 2016 en el Centro Penitenciario de Huelva, por no haber percibido hasta esa fecha la necesidad de modificación de creencias y distorsiones que le llevaron a la comisión del delito, siendo que, pese a éste, todavía presenta una interiorización de graves distorsiones y minimización de los hechos probados, llegando a considerarse una víctima, lo que incrementa la probabilidad de reincidencia delictiva en el futuro, considerándose más adecuada la continuidad del interno en

tercer grado, dado que ingresó en el Centro de Inserción Social el 11-10-16, para la finalización del programa y observación de su evolución, procediendo en consecuencia, la no aprobación de la propuesta de libertad condicional a que se contrae el presente expediente, y sin perjuicio de posteriores resoluciones la vista del resultado del programa específico que lleva a cabo.

Visto lo anteriormente expuesto, y demás preceptos de general y pertinente aplicación, S.S^a., ACUERDA:

No aprobar la propuesta de libertad condicional formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno P.A.R.P. en la causa Ejecutoria 13/2013 de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3^a.

77.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 19/02/16

No concesión de la libertad condicional, al considerarla prematura dadas las circunstancias concurrentes.

Hechos

PRIMERO: Que por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva se elevó con fecha 10/02/2016 la anterior propuesta de concesión de libertad condicional al interno J.A.M.R.

SEGUNDO: Incoado y tramitado el expediente penitenciario, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quién informó en el sentido de oponerse a la concesión de la libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

Único: Examinada la documentación e informes que acompañan la propuesta formulada, hay que tener en cuenta que si bien el interno se

halla clasificado en tercer grado de tratamiento y extinguió las tres cuartas partes de su condena el día 12/10/15, no existe respecto del mismo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no concurriendo por ello el requisito exigido por el artículo 90.3º del Código Penal conforme a su redacción anterior, al haberse emitido por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva informe desfavorable por mayoría, ni conforme a las circunstancias concurrentes, se estima procedente la concesión de la suspensión de la condena conforme al artículo 90.1 inciso 2º del Código Penal vigente, al no concurrir a criterio de esta Juzgadora por el momento el pronóstico de falta de peligrosidad, en cuanto el interno tan sólo ha disfrutado de un corto periodo en tercer grado, toda vez que fue progresado por resolución de este Juzgado de fecha 1/12/2015, no ingresando en el Centro de Inserción Social de Huelva hasta el 10/01/2016, por lo que ha tenido un escasísimo periodo de observación en régimen de semilibertad, estimándose por esta Juzgadora, conforme al criterio mayoritario de la Junta, máxime tras el largo periodo de internamiento en régimen cerrado (desde el 9/06/2016, casi 10 años) la necesidad de un mayor tiempo de observación en tal régimen, para poder valorar, dada la reincidencia y naturaleza de los delitos por los que se encuentra condenado, fidedignamente la interiorización de los conocimientos adquiridos en los programas de tratamiento llevados a cabo, especialmente los específicos en materia de control en materia sexual, así como en su caso llevar a cabo otros programas más específicos, como el programa de Instituciones Penitenciarias “Fuera de Red” procediendo en consecuencia, la no aprobación de la propuesta de libertad condicional a que se contrae el presente expediente.

Visto lo anteriormente expuesto, y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

S.S^a. ACUERDA:

No aprobar la propuesta de libertad condicional formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno J.A.M.R. en la causa Ejecutoria 72/2007 de la Audiencia Provincial de Málaga sec. 3ª y refundidas.

78.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/09/16

Suspensión por ingreso en prisión preventiva.

Hechos

PRIMERO.- Por el Centro Penitenciaria de Murcia se ha participado a este Juzgado el ingreso en dicho Establecimiento en fecha 10-09-2016 en calidad de preso preventivo, a disposición del Juzgado de Instrucción nº 3 de Melilla, en asunto Diligencias Precias 314/16 por presunto delito de sustancias nocivas para la salud, del penado F.H.R.S. penado que disfrutaba del beneficio de la libertad condicional per Auto de este Juzgado de fecha 31-03-2015.

SEGUNDO. Dado traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre la suspensión del referido beneficio otorgado, ha informado en el sentido de interesar su revocación.

Razonamientos jurídicos

Único.- A la vista de la documentación remitida a este Juzgado y de conformidad con el artículo 75 del Código Penal aprobado por L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, que establece que cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, siendo imposible que el interno cumpla dos penas privativas de libertad al mismo tiempo, y siendo imposible además, que la libertad condicional se cumpla en prisión, procede la suspensión del cumplimiento del beneficio de libertad condicional otorgado al penado F.H.R.S. por Auto de fecha 31-03-2015 dictado por este Juzgado y en este expediente, en virtud de la extinción de condena imputada en la causa seguida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 años y 3 meses de prisión, por un delito contra la salud; suspensión con efectos desde la fecha en que ingresa nuevamente en prisión a disposición del Juzgado de Instrucción nº 3 de Melilla, hasta

que por dicho Juzgado se acuerde su libertad o se dicte por este Juzgado resolución sobre si procede o no la revocación del beneficio de Libertad Condicional concedido, no siendo de abono este periodo de suspensión a la causa por la que salió en libertad condicional.

Vistos Los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

Se suspende el cumplimiento del beneficio de libertad condicional del penado F.H.R.S., hoy interno del Centro Penitenciario de Murcia, beneficio otorgado por este Juzgado en Auto de fecha 31-03-2015, en la extinción de las condenas de prisión impuestas por Sentencia firme y descritas en el Razonamiento Único de este Juzgado; suspensión con efectos desde la fecha en la que el interno reingrese en Establecimiento Penitenciario en calidad de preso preventivo por orden del Juzgado de Instrucción nº 3 de Melilla en méritos asunto Diligencias Previas 314/16, y que se mantendrá hasta que por dicho Juzgado de lo Penal se acuerda su libertad o por este se acuerde la revocación del beneficio de libertad condicional concedido, no siendo de abono el periodo de suspensión a la causa por la que salió en libertad condicional.

79.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALLADOLID DE FECHA 29/06/16

Suspensión por prisión preventiva.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha del día 2/06/16 y por este mismo Juzgado se dictó auto acordando la suspensión del cumplimiento del beneficio de Li-

bertad Condicional de M.A.M.S. al haber participado el Centro Penitenciario de Córdoba que la misma se encontraba ingresada en dicho centro a disposición del Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba en Diligencias Previas 1084/16.

SEGUNDO.- Notificada que fue la expresada resolución a dicha interna en tiempo y forma, interpuso el correspondiente recurso contra la misma, formulando las alegaciones que a su derecho tuvo por convenientes.

TERCERO.- Conferido el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, emitió informe en el sentido que obra en el expediente.

Razonamientos jurídicos

Único.- Pretende la recurrente algo que es física y jurídicamente imposible, pues o se está en libertad o se está privado de ella. En este caso la interna está sujeta a una medida cautelar de prisión preventiva, luego no está en libertad. Pretender cumplir una condena en libertad condicional cuando se está privado de la libertad atenta contra la lógica y sentido común. Es más, le gustaría saber al que suscribe qué medidas de las impuestas en el Auto de concesión de libertad condicional va a poder cumplir una persona que está sujeta a una medida cautelar de prisión: simplemente no podría cumplirlas. Libertad y privación de libertad son términos ontológicamente antitéticos, de ahí que para solucionar la situación se haya dictado el Auto que se recurre. Si se alza la medida cautelar y no ha recaído condena, se alza automáticamente la suspensión.

A mayor abundamiento, la libertad condicional en el Código Penal redacción anterior a la L.O. 1/2015, es una forma de cumplir pena fuera del medio penitenciario, por definición con una forma de reinserción y adaptación a la vida de la persona libre, en un medio en libertad, pero con normas de conducta impuestas. Esa institución es del todo punto incompatible con la forma de vida de un interno preventivo, situación que es en la que se encuentra la recurrente.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación al caso.

DISPONGO: Desestimo el recurso de reforma formulado.

80.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA DE FECHA 15/07/16

No repercusión de nueva causa penada sobre la causa suspendida, en libertad condicional.

Antecedentes de hecho

I).- Por .auto dictado por este Juzgado en fecha 21-08-2015, se aprobó la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de libertad condicional adelantada a la 1/2 de su condena con efectos de 27-08-2015 al interno J.C.A.M., del Centro Penitenciario de CIS Torre Espioca y relación con la pena de 01-08-00 que le fue impuesta en Ejecutoria 107/2012 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

El plazo de suspensión fue fijado en grado de apelación en DOS AÑOS por la referida Sección 2ª.

II).- En fecha 08-07-2016 se recibe comunicación del Centro Penitenciario de CIS Torre Espioca en el sentido de que el día 06-07-2016 se ha recibido nueva causa penada: Ejec. 85/2016 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, condenado a una pena de 05-06-01 más multa, por hechos anteriores a su entrada en prisión.

Dado que con la nueva condena deja de tener el requisito de la mitad de la condena del artículo 91.3 (ni siquiera tiene 1/4 parte) se solicita por el Centro que se acuerde lo que proceda sobre la posible suspensión de la libertad condicional concedida, para proceder a su nuevo estudio por parte de la Junta de Tratamiento.

III).- Conferido traslado del expediente al Ministerio Fiscal para informe, lo emite en el sentido de que, en vista de la gravedad de los hechos de la nueva condena que ha recaído sobre el liberado, el largo período de tiempo en el que persistió con su conducta delictiva, siendo muchas las personas perjudicadas y teniendo en cuenta que la libertad condicional se propuso por la Junta de Tratamiento en base a que era primario penal y penitenciariamente, estando pendiente la nueva condena entonces, de recurso de casación, considera que evidentemente con dicha nueva condena han variado las circunstancias en base a las cuales se concedió la suspensión de

la pena, y no se puede mantener ante ello un pronóstico de falta de peligrosidad en que se basaba la decisión en su día adoptada, por lo que procede que se deje sin efecto el período de suspensión y se proceda al ingreso en prisión del penado, siendo valorado nuevamente en base a las nuevas circunstancias por la Junta de Tratamiento.

Fundamentos jurídicos

I).- No siendo incompatible con arreglo a la nueva regulación de la suspensión de condena y libertad condicional el tener una causa suspendida y al mismo tiempo cumplir una diferente, no ha lugar a hacer ningún pronunciamiento sobre la causa suspendida, en libertad condicional, sin perjuicio de que ejecuten la nueva, salvo que el interno renuncie a la libertad condicional, y sin que en dicho supuesto fuese abonable a ninguna de las causas el período de suspensión.

DISPONGO

No ha lugar a hacer ningún pronunciamiento sobre la causa suspendida, en libertad condicional, del liberado condicional J.C.A.M., sin perjuicio de que se ejecute la nueva, salvo que el interno renuncie a la libertad condicional, y sin que en dicho supuesto fuese abonable a ninguna de las causas el periodo de suspensión.

81.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 15/12/16

No procedencia de revocación de la libertad condicional por sobrevenida de nueva causa penada.

Hechos

I.- Con fecha 26/10/2016 se dictó por este Juzgado auto concediendo la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional a las 3/4 partes, al penado M.M.M. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código

Penal, en la redacción dada al mismo por la LO. 1/2015, condicionada al seguimiento por los servicios sociales penitenciarios y seguimiento de tratamiento de drogodependencia en el CAD correspondiente, habiéndose recibido informes del Centro de Inserción Social Victoria Kent en los que se comunica una nueva causa ejecutoria recaída contra el citado liberado condicional, la Ejecutoria n° 280/2016 del Juzgado de lo Penal n° 3 de Ciudad Real, por hechos cometidos el día 26 de noviembre de 2010, constando que con la nueva causa cumpliría las 3/4 partes el próximo día 17/12/2016 si se refundiera con las causas por las que se le concedió la suspensión y libertad condicional.

II.- Se remitió a informe del Fiscal que interesó la ampliación de la libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

I.- La incidencia que puede tener el ingreso en prisión del liberado condicional por una nueva condena firme es distinta, según se haya concedido ésta con arreglo a la legislación anterior a la L.O. 1/2015, o a ésta, porque el cambio de naturaleza jurídica que se ha producido en la libertad condicional determina una solución distinta al problema.

Con arreglo a la legislación anterior la libertad condicional se configuraba como un último grado de cumplimiento que se caracterizaba por ser una ficción jurídica al ser un período de cumplimiento de condena, pero que tiene lugar en libertad. Mientras se está en libertad condicional se está cumpliendo condena y dura esta situación hasta la fecha del licenciamiento definitivo. En este, caso el ingreso en prisión por una nueva condena firme podía dar lugar a la revocación de la libertad condicional, si los hechos por los que resultó condenado el liberado condicional habían tenido lugar durante dicho período, a la ampliación de la libertad condicional, previa refundición, si los hechos por los que resultó condenado son anteriores a la libertad condicional y con la nueva condena se siguen cumpliendo los requisitos temporales de la libertad condicional (es decir, se cumplen los 2/3 o 3/4), o bien a la suspensión de la libertad condicional si con la nueva condena no se cumplen esos requisitos temporales, siendo la suspensión una figura de creación jurisprudencial ante la imposibilidad de cumplir la libertad condicional en prisión pero no proceder la revocación al no

concurrir causa legal, pudiendo dar lugar una vez cumplidos los requisitos temporales a una ampliación posterior de la libertad condicional.

Como consecuencia de la reforma operada en el Código Penal por la LO. 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015, la libertad condicional ha pasado a ser un supuesto más de suspensión de condena durante un plazo fijado por la ley, y durante la suspensión no se está cumpliendo condena, por lo que dicho período no se computa como de cumplimiento de condena, situación que durará hasta que finalice el plazo fijado (de 2 a 5 años, sin que pueda ser inferior a lo que resta de condena), finalizando esta situación en el mejor de los casos en la fecha prevista de licenciamiento definitivo, si quedan dos años y se fija el plazo mínimo, o cuando termine el plazo, que puede ir más allá de la fecha prevista de licenciamiento definitivo. Como durante el plazo de suspensión, que se computa desde que la libertad condicional se hace efectiva, no se está cumpliendo condena (artículo 90.6 del Código Penal), el ingreso en prisión, por una nueva condena firme sólo tiene incidencia en la libertad condicional si los hechos por los que ha Ingresado en prisión se cometieron durante la libertad condicional, pudiendo dar lugar a su revocación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 90.5 en relación con el 86.1 del Código Penal, siempre que con la comisión del nuevo delito se ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión no pueda ser mantenida, pudiendo, por tanto, no revocarse a pesar de la comisión del nuevo delito. Sin embargo, si los hechos por los que ingresa en prisión son anteriores a la libertad condicional, no queda afectada ésta, porque es perfectamente compatible estar cumpliendo una causa en prisión y tener otra u otras suspendidas, sin que pueda refundirse la nueva causa con las de la libertad condicional porque la refundición “exige que se están cumpliendo las causas que se refunden (artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario), y las causas suspendidas no se están cumpliendo, ni, por tanto, plantearse una posible ampliación o suspensión de la libertad condicional, salvo que el liberado condicional renuncie a la libertad condicional, renuncia que sería posible por no ser contraria al interés o al orden público ni realizarse en perjuicio de tercero (artículo 6 del Código Civil), pero teniendo en cuenta que el tiempo que ha permanecido en libertad condicional no se le computaría.

II.- En el presente supuesto se concedió la suspensión y libertad condicional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 90.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO. 1/2015, y la nueva condena recaída,

lo es por hechos anteriores a la suspensión y libertad condicional por lo que, aunque se hiciera ejecutiva, ninguna incidencia tendría en la libertad condicional conforme a lo razonado en el anterior razonamiento jurídico, salvo que el interno una vez se ejecute la nueva causa renuncie a la libertad condicional, lo que deberá ser comunicado, en su caso, a este Juzgado, al objeto de que se refunda y pueda ampliar la suspensión y libertad condicional, por lo que no procede ni la suspensión ni la revocación de la libertad condicional.

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

Parte dispositiva

No ha lugar a la revocación, a la suspensión ni a la ampliación de la libertad condicional del penado M.M.M., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 26/10/2016, al no concurrir causa legal.

82.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA 5 DE FECHA 09/12/16

No procede revocación por comisión de delito e ingreso en prisión preventiva, según reforma del Código Penal por L.O. 1/2015.

Hechos

I.- Con fecha 4 de septiembre de 2015 se dictó por este Juzgado Auto concediendo la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional a las 3/4 partes, al penado C.I.M., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la L.O. 1/2015, condicionada al seguimiento por los servicios sociales penitenciarios y continuidad de la satisfacción de la responsabilidad civil, iniciando el periodo de suspensión el 29 de septiembre de 2015, habiéndose recibido informes del Centro Penitenciario de Valencia comunicando

que dicho penado ingresó el 24 de noviembre de 2006 preso preventivo en las Diligencias Previas 474/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Requena, rogando se comunique si procede revocación o suspensión de la libertad condicional.

II.- Se remitió a informe del Fiscal que interesó la revocación de la libertad condicional por la comisión de un nuevo delito por el que se ha acordado la prisión provisional.

III.-Tras recabarse informe al Juzgado de Instrucción de Requena que lleva la causa, se informó por el mismo que la causa seguida contra el interno lo es por blanqueo de capitales y estafa por hechos acaecidos el pasado 14 de julio de 2016 en la localidad de Requena. Recibiéndose con fecha 7 de diciembre de 2016 acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social Torre Espioca de Picassent (Valencia) proponiendo la revocación de la libertad condicional por tener el interno abierta la causa penal antes citada por la que ingresó en prisión provisional el 24 de noviembre de 2016, constando que fue puesto en libertad provisional el 28 de noviembre de 2016, al haber satisfecho una fianza de 10.000 euros con la obligación de presentación semanal en el Juzgado, adjuntando copia del Auto de prisión y del de puesta en libertad provisional, acordando en este último la retención del pasaporte y la prohibición de salida del territorio nacional durante la tramitación de la causa.

Razonamientos jurídicos

I.- La incidencia que puede tener el ingreso en prisión preventiva del liberado condicional por hechos posteriores a la suspensión de condena es distinta según se haya concedido ésta con arreglo a la legislación anterior a la L.O. 1/2015, o a ésta, porque el cambio de naturaleza jurídica que se ha producido en la libertad condicional determina una solución distinta al problema.

Con arreglo a la legislación anterior la libertad condicional se configuraba como un último grado de cumplimiento, que se caracterizaba por ser una ficción jurídica al ser un período de cumplimiento de condena, pero que tiene lugar en libertad. Mientras se está en libertad condicional se está cumpliendo condena y dura esta situación hasta la fecha del licenciamiento definitivo. En este caso el Ingreso en prisión preventiva por hechos poste-

riosos a la libertad condicional podía dar lugar a la suspensión de la libertad condicional, al no poderse cumplir la libertad condicional en prisión, siendo en principio de abono la prisión preventiva a la causa en la que se sufre, sin que pudiera en tal caso revocarse la libertad condicional por estar el penado bajo el principio de presunción de inocencia respecto de los hechos por los que se ha producido el ingreso en prisión preventiva, siendo necesario para la revocación que hubiera recaído sentencia condenatoria firme.

Como consecuencia de la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015, la libertad condicional ha pasado a ser un supuesto más de suspensión de condena durante un plazo fijado por la ley, y durante la suspensión no se está cumpliendo condena, por lo que dicho periodo no se computa como de cumplimiento de condena, situación que durará hasta que finalice el plazo fijado (de 2 a 5 años, sin que pueda ser inferior a lo que resta de condena), finalizando esta situación en el mejor de los casos en la fecha prevista de licenciamiento definitivo, si quedan dos años y se fija el plazo mínimo, o cuando termine el plazo, que puede ir más allá de la fecha prevista de licenciamiento definitivo. Como durante el plazo de suspensión, que se computa desde que la libertad condicional se hace efectiva, no se está cumpliendo condena (artículo 90.6 del Código Penal), el ingreso en prisión preventiva aunque sea por hechos posteriores a la suspensión de condena y libertad condicional no puede dar lugar a la suspensión, porque es perfectamente compatible estar ingresado en prisión preventiva por una causa en trámite, y tener otra u otras suspensiones, y no puede dar lugar a la revocación de la suspensión de condena y libertad condicional por comisión de un nuevo delito al exigir el artículo 90 apartado 5 del Código Penal en relación con el artículo 86.1 a) del mismo cuerpo legal la condena por dichos hechos, sin que en ningún caso las normas de revocación de la suspensión de condena y libertad condicional puedan interpretarse de forma extensiva al tratarse de normas restrictivas de derechos individuales.

II.- En el presente supuesto se concedió la suspensión y libertad condicional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 90.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la L.O. 1/2015, y el ingreso en prisión preventiva aunque sea por hechos posteriores, no puede dar lugar a la revocación ni a la suspensión de la libertad condicional conforme a lo razonado anteriormente, máxime cuando dicha situación de prisión preventiva en este caso ha cesado.

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

Parte dispositiva

No ha lugar a la revocación ni a la suspensión de la libertad condicional del penado que le fue concedida en virtud de auto de fecha 4 de septiembre de 2015, al no concurrir causa legal.

83.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 02/11/16

Desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal por apertura de diligencias previas.

Hechos

PRIMERO.- Por auto de 14.06.16 dictado en el expediente sobre libertad condicional seguido bajo el núm. 5291/15 ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva se denegó la revocación solicitada por el Ministerio Fiscal para el penado S.J.M.C., que se encuentra en periodo de libertad condicional por Auto de 23.07.15. Interesa tal revocación porque mantiene que ha desaparecido el requisito de “falta de peligrosidad”, al estar investigado en Diligencias Previas núm. 630/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Huelva, por presuntos hechos falsarios ocurridos en marzo de 2016.

Dejando claro el Ministerio Fiscal que es aplicable la actual redacción dada por Ley Orgánica 1/2015 y que la petición se hace en base al artículo 90.5,3 Código Penal y no por ser investigado en tales Diligencias.

SEGUNDO.- Contra dicho auto interpuso el Ministerio Fiscal recurso de apelación, presentado el 06.07.16; y que fue admitido a trámite.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a este Tribunal; ha tenido lugar la deliberación y voto del mismo el señalado día 26 de Octubre, habiendo sido turnada la ponencia al Magistrado, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- TÉRMINOS DEL DEBATE Y NORMATIVA APLICABLE.- El recurso del Ministerio Fiscal plantea que el penado en situación de libertad condicional ha podido incurrir en causa de revocación de la misma conforme al actual artículo 90.5,3 Código Penal, por desaparición del requisito de falta de peligrosidad criminal, al encontrarse investigado en Diligencias Previas seguidas por delito de falsedad documental por hechos ocurridos en marzo de 2016. No considera aplicable la regulación derogada por Ley 1/2015, que la resolución impugnada estima debe seguirse por ser la vigente al tiempo de ocurrir los hechos objeto de las penas que cumple y ser más favorable, como también lo indica así el Dictamen 1/2015 de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Entendemos, con la resolución apelada, que es aplicable el artículo 90 Código Penal en su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015, por ser más favorable y corresponderse con las fechas de comisión de los hechos objeto de penas en cumplimiento. Sin perjuicio de que, conforme a la actual normativa, tampoco concurriría causa de revocación de la libertad condicional, como se analizará.

SEGUNDO.- REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN CURSO.- El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, por el que se concede la libertad condicional del penado, de fecha 23 de julio de 2015, y firme tras ser confirmado en segunda instancia, está lógicamente sujeto a posible revocación cuando dejen de cumplirse los requisitos legales y reglas de conducta que establece. Y no es este el caso, en el que el liberado tan solo está sometido a investigación en Diligencias Previas en trámite, por posible delito de falsedad. No podemos compartir con el Ministerio Fiscal que este solo hecho pueda suponer desaparición del requisito de falta de peligrosidad, sin que el argumento resulte un subterfugio para

eludir o vulnerar el derecho fundamental de presunción de inocencia que el propio sistema legal de causas tasadas de revocación expresamente res-
peta, al prever únicamente como razón de revocación la condena firme por
nuevo delito cometido en periodo de libertad condicional... y no siempre.

No siempre, porque el actual artículo 90.5 Código Penal se remite a “las
normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87 Código Penal previstos para
la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, y en ellos
es de ver que la condena firme por nuevo delito cometido en periodo de
suspensión no es causa automática de revocación, sino que aún es posible
mantener la suspensión o modificarla sin extinguirla, porque la previsión
legal del actual artículo 86.1 a) Código Penal es que “Sea condenado por
un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de ma-
nifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión
adoptada ya no puede ser mantenida”.

El artículo 93.1 Código Penal anterior a la LO. 1/2015, que estimamos
aplicable, es aún más tajante al establecer las causas de revocación de la li-
bertad condicional: “el periodo de libertad condicional durará todo el tiem-
po que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el
reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de
Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado rein-
gresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin
perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional”.

Siguiendo una normativa u otra, observamos que no hay posibilidad
jurídica alguna de revocador; por el solo hecho de encontrarse el liberado
siendo investigado en Diligencias Penales abiertas por hechos delictivos
ocurridos en el periodo de libertad condicional. Consciente de ello, el Mi-
nisterio Fiscal advierte que no pide la revocación por esta causa, sino por-
que ha dejado de concurrir “falta de peligrosidad criminal”. Pero no refiere
ninguna otra circunstancia que añadir para fundar su criterio de “cambio
de circunstancias” en plural, con lo que convendrá que no es posible seguir
ese argumento sin que se resienta la presunción de inocencia, y reconducir
la situación a la de pronóstico de peligrosidad criminal. Sin más elementos
de juicio que la investigación penal en marcha, equivaldría a eludir la taxa-
tiva necesidad de condena firme para que se tenga por cometido el delito
que por ahora se investiga, sin que haya recaído siquiera formal acusación.

En mérito a lo expuesto hemos de desestimar el recurso viabilizado confirmando íntegramente la resolución de primera instancia.

No procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas habidas en la alzada.

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

Parte dispositiva

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado el 14.06.16 en el expediente de libertad condicional núm. 5291/15 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, confirmamos íntegramente dicha resolución. No se efectúa especial pronunciamiento en materia de costas procesales. Devuélvanse al Juzgado de Instrucción las actuaciones.

CAPÍTULO VIII

LIMITACIONES REGIMENTALES

84.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 23/02/16

Desestimación de recurso de apelación por aplicación correcta del artículo 75 del Reglamento Penitenciario.

I.- Antecedentes de hecho

1.- El día 24-11-2015 en el expediente N° 773/03, relativo al penado R.D.C., se dictó por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria Auto en el que desestimaba la queja del interno por no objetivarse abuso de poder ni desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria.

2.- El Letrado Sr. Bravo Duran, en nombre del penado R.D.C., interpuso recurso de apelación, solicitando que se estimase la queja del interno.

El procedimiento fue remitido a este Tribunal, que, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución, de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. Sáez Valcárcel.

II.- Fundamentos jurídicos

1.- El recurso pretende revisar la limitación régimen tal impuesta al recluso R.D.C. por decisión del Director, al amparo del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, por razones de seguridad y buen orden del establecimiento. El presupuesto fáctico de la decisión es la agresión que el recurrente habría realizado contra otro interno, que apareció en la enfermería demandando atenciones para las lesiones que presentaba (herida abierta con sangrado en la cabeza) el 11-06-2015, relatando que se había golpeado accidentalmente con una columna. Una investigación reservada, con testi-

gos presenciales que no querían desvelar su identidad públicamente, puso de manifiesto la realidad de la agresión, un puñetazo que derribó al otro, seguido de varias patadas en el cuerpo.

El recurrente niega que hubiera golpeado al otro interno y critica el expediente disciplinario que le fuera incoado. Considera que fue sometido a una sanción de aislamiento durante treinta y un días sin cobertura legal.

2.- La limitación regimental suponía la suspensión de salidas a actividades, de contacto con otros internos y la ubicación en el departamento celular. Posteriormente fue trasladado a otro establecimiento penitenciario. Dicha injerencia no afectaba a las comunicaciones con el exterior, ni a su acceso a los servicios del centro ni a la salida a patio. El objeto de la medida era el separar a quien se consideraba una fuente de riesgo del resto de internos, después de la observación de la lesión que presentaba otro interno y de la indagación sobre la posible autoría.

3.- La decisión de separar al recurrente del resto de internos tenía cobertura legal en el artículo 75 del Reglamento Penitenciario citado. Era adecuada para lograr el objetivo declarado: evitar una nueva agresión, una venganza por parte de la víctima –que había ocultado la realidad de la agresión– o presión sobre los testigos presenciales. Además, era necesaria e imprescindible para garantizar el orden del establecimiento y la integridad de los reclusos, no había otra medida menos injerente en la libertad del recurrente que pudiera garantizar dicho objetivo. Por fin, era estrictamente proporcional porque con ella se alcanzaba un bien público (orden y seguridad) prevalente al sacrificio de los derechos del interno. Por lo tanto, la medida era proporcionada y ajustada a la legalidad.

No se puede confundir con una sanción encubierta, porque limitaba la capacidad de acción del interno pero no suponía su aislamiento, ya que podía seguir comunicando con sus familiares, abogado, allegados y amigos.

III.- Parte dispositiva

Se acuerda DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de R.D.C, contra el auto de fecha 24-11-2015, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

CAPÍTULO IX

MEDIDAS DE SEGURIDAD

85.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 2 DE FECHA 10/06/16

Controversia acerca de la competencia de los órganos judiciales para autorizar salidas terapéuticas de un sometido a medida de seguridad de internamiento.

Providencia de la magistrada juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid de fecha 10-06-2016

Dada cuenta, por recibido el escrito que antecede, únase al expediente de su razón y visto su contenido, comuníquese al Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez que el sometido a medida de seguridad de internamiento, no puede abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal Sentenciador conforme al artículo 101 del Código Penal.

Dese traslado del precedente escrito al Tribunal Sentenciador a los fines interesados en el mismo.

Providencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 17 de fecha 29-10-2016

En virtud de lo acordado en procedimiento arriba referenciado, y en contestación a su atenta comunicación de fecha 22-07-16 referida al interno J.C.I. por resolución de esta fecha se ha dispuesto poner en su conocimiento que esta Sala ni autoriza, ni deniega, las salidas terapéuticas del penado, puesto que la competencia para ello corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme establece el Auto del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 2009 interpretando el artículo 101 del Có-

digo Penal al que se refiere dicho Juzgado de Vigilancia en la resolución que por copia se acompaña, en el sentido de que el apartado segundo del artículo 101 del Código Penal no concierne a las salidas temporales, sino al abandono definitivo del establecimiento por cumplimiento de la medida, sustitución o suspensión, que sí corresponden al Tribunal Sentenciador.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Madrid de fecha 15-10-2016

Hechos

I.- El internado judicial J.C.I. se encuentra cumpliendo una medida de seguridad privativa de libertad, habiéndose remitido por el Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez solicitud de autorización para salida terapéutica acompañado de la Fundación Manantial como medida de tratamiento, acompañando resolución de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

II.- Que remitido el expediente al Ministerio Fiscal, ha informado en el sentido de que el internado se encuentra cumpliendo una medida de seguridad privativa de libertad y habiéndose solicitado para el mismo salida terapéutica, la competencia para autorizar la misma corresponde al Tribunal Sentenciador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.2 del Código Penal.

Razonamientos jurídicos

I.- Los artículos 97 y 98 del Código Penal, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de julio por la que se modificó el Código Penal establece: Artículo 97 del Código Penal:

“Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.

b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.

d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código”.

El artículo 98 del Código Penal tras dicha Ley establece:

“1.- A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2.- Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3.- En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo

hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto”.

II.- Conforme al artículo 101 del Código Penal, el sometido a Medida de Seguridad de Internamiento, no puede abandonar el Establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal Sentenciador.

A estos internos no les es aplicable el régimen ordinario de permisos, ni sancionador, cuya exclusión viene determinada en el Reglamento Penitenciario, y cuyo régimen, por tanto, excepto en lo que se refiere al Real Decreto 840/2011, está establecido en el Código Penal, texto legal, que tras la reforma operada por LO 5/2010, los artículos 91 y 98, reservan al Tribunal Sentenciador cualquier decisión, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria solo tiene la función de –Proponer–, no de –Resolver–, correspondiendo al Tribunal Sentenciador cualquier decisión sobre las salidas del Centro.

III.- Vistos los artículos 25.2 y 46 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se eleva la presente Exposición Razonada, para que el Tribunal resuelva lo que estime procedente.

Parte dispositiva

Elevar Exposición Razonada, conforme a los Fundamentos de Derecho de la presente resolución, para que resuelva lo que estime procedente, comunicando a este Juzgado su Resolución.

Providencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 17 de fecha 21-06-2016

En virtud de lo acordado en el procedimiento arriba referenciado, se ha acordado por resolución de esta fecha, de la que se adjunta testimonio, haber lugar a declarar la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para autorizar las salidas terapéuticas temporales del sujeto a medida de seguridad privativa de libertad J.C.I. actualmente interno en ese Centro Penitenciario.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 17 de fecha 19-09-2016

Hechos

PRIMERO.- La presente ejecutoria se tramita como consecuencia de la sentencia firme dictada en fecha 05-09-2016 por la que se condenaba a J.C.I., entre otras, como autor responsable de un delito de incendio del artículo 351 inciso primero del párrafo primero del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de alteración psíquica, a la pena de cinco años de prisión y a la medida de seguridad de internamiento en Centro psiquiátrico Penitenciario durante un tiempo que no podrá exceder de cinco años, así como a las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

SEGUNDO.- Por el Centro Penitenciario de Madrid VI, Aranjuez se remitió comunicación a esta Sección interesando autorización de este Tribunal a fin de que el interno J.C.I. pudiera disfrutar de la modalidad de salidas dentro de su programa terapéutico, habiendo recaído resolución a dicha comunicación en el sentido de poner en conocimiento de dicho centro que la competencia respecto de lo solicitado correspondía al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Habiéndose recibido nueva comunicación de dicho centro entendiéndose que a la vista de la resolución reseñada consideraban no autorizadas las salidas propuestas, habiéndose puesto en conocimiento del mismo por resolución de fecha 29 de julio pasado, que reiteraba, que las salidas solicitadas corresponde autorizarlas al Juzgado de Vigilancia correspondiente.

TERCERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid se dictó auto de fecha 5 de septiembre 2016 por el que se disponía elevar exposición razonada a este Tribunal a fin de que por el mismo se resolviese respecto de la cuestión planteada.

CUARTO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal ha informado en el sentido que consta en las actuaciones.

Fundamentos de Derecho

Único.- Considera el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid, vista la exposición razonada que ha remitido y tras citar los artículos 97, 98 y 101 del vigente Código Penal, que la competencia para autorizar las salidas terapéuticas del interno corresponde a esta Sala, toda vez que los preceptos señalados, tras la reforma operada por la LO 5/2010, reservan al tribunal sentenciador cualquier decisión sobre las salidas del centro en la medida que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria “solo tiene función de proponer”.

Los artículos 97 y 98 del Código Penal con anterioridad a la LO 5/2010 tenían la siguiente redacción:

Artículo 97. “Durante la ejecución de la sentencia, el juez o tribunal sentenciador adoptará, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el tiempo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

A estos efectos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta”.

Artículo 98. “Para formular la propuesta a que se refiere el artículo anterior el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”.

En la actualidad la redacción de los preceptos es la que sigue:

Artículo 97. “Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.

b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.

d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código”.

Artículo 98. “1. A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administracio-

nes, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto”.

El artículo 101 del Código Penal conserva la misma redacción.

Desde el anterior planteamiento, y presupuesto que en el presente caso la ejecución concierne a una medida de seguridad privativa de libertad, la reforma operada por la LO 5/2010 no ha supuesto modificación o alteración de las competencias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Antes y ahora le corresponde elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida impuesta.

Para ello, antes –y ahora–, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

Llegados a este punto y sentado que las competencias del Juez de Vigilancia en relación con las medidas de seguridad privativas de libertad no se han alterado tras la reforma del año 2010 y admitido que la decisión sobre las mismas efectivamente corresponde al Juez o Tribunal sentenciador, ello no obsta a que cuestiones como las relativas a autorización de salidas temporales para tratamiento terapéutico del interno sean competencia del Juzgado de Vigilancia, precisamente, para favorecer la elaboración de los informes que han de emitir los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y que servirán de base a la propuesta que, particularmente, el Juez de Vigilancia ha de remitir al sentenciador para que este forme su decisión.

Por consiguiente, entra dentro de lo razonable que quien haya de elaborar las propuestas sobre la base de los informes elaborados por los técnicos,

sea quien autorice las salidas temporales del interno que resultan convenientes o necesarias para la elaboración de esos informes, lo que hace que mantenga plena vigencia el Auto del Tribunal Supremo de 16 de diciembre del año 2009 ya mencionado con anterioridad por esta Sala que en un supuesto semejante –sino idéntico– al que nos ocupa dice:

“La controversia competencial se centra en determinar cuál es el órgano competente para la autorización de salidas terapéuticas del Hospital Psiquiátrico del penado (...) que cumple una medida de seguridad de internamiento, bien el Tribunal sentenciador o bien el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del lugar del cumplimiento (...).

Más adelante añade “ (...) 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 ida 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”.

En atención a lo expuesto,

DISPONEMOS

Haber lugar a declarar la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de esta Capital para autorizar las salidas terapéuticas temporales del sujeto a medida de seguridad privativa de libertad. Comuníquese la presente resolución a dicho Juzgado.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 Madrid planteando cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo de fecha 10-10-2016

Hechos

PRIMERO.- El Sr. Director del Establecimiento Penitenciario Madrid VI (Aranjuez) interesó de este Juzgado autorización para que el sometido a medida de seguridad de internamiento J.C.I. pudiera disfrutar de salidas terapéuticas.

SEGUNDO.- Por Providencia de fecha 10 de junio de 2016, se le comunicó que debería solicitar la autorización del Tribunal Sentenciador y se dio traslado a dicho Tribunal de la solicitud a los fines interesados en la petición de la Dirección del Centro Penitenciario.

TERCERO.- El 19 de julio de 2016, el Tribunal Sentenciador (Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid), comunicó al Centro Penitenciario que la competencia para resolver respecto a lo solicitado correspondía al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

CUARTO.- En fecha 24 de agosto de 2016, el Ministerio Fiscal informó que la competencia para acordar la autorización correspondía al Tribunal Sentenciador.

QUINTO.- Con fecha 5 de septiembre de 2016, este Juzgado elevó exposición razonada a la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que fue contestada mediante Auto de fecha 19 de septiembre de 2016, declarando la competencia de este Juzgado para autorizar las salidas terapéuticas temporales del sujeto a medida de seguridad privativa de libertad.

SEXTO.- En fecha 29 de septiembre de 2016 el Ministerio Fiscal informó en el sentido que obra en el expediente.

SÉPTIMO.- De lo anterior trae causa el planteamiento de la presente cuestión negativa de competencia.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Los artículos 97 y 98 del Código Penal, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de julio por la que se modificó el Código Penal establecen:

“Artículo 97. Mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas de seguridad

Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.

b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más-adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.

d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

Artículo 98. Valoración de informes de facultativos y profesionales.

1.- A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al

menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2.- Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3.- En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto”.

SEGUNDO.- Por otro lado, el artículo 101 del Código Penal dispone que “el sometido a Medida de Seguridad de internamiento no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal Sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97”.

Previsión que se reitera en los artículos 102, 103 y 104 para aquellos supuestos en los que en la Sentencia condenatoria se ha apreciado una eximente completa o incompleta y se ha impuesto al sentenciado una Medida de Seguridad de internamiento (privativa de libertad).

TERCERO.- Es frecuente que a estas personas, los facultativos que les atienden consideren que, dentro del tratamiento dispensado son convenientes salidas del Centro de Internamiento (bien sea Establecimiento Penitenciario u otro tipo de Centro); estas llamadas –Salidas Terapéuticas–, pueden convertirse en muchos supuestos en algo periódico y programado.

CUARTO.- La cuestión que se suscita, es, si tales salidas terapéuticas deben estar autorizadas por el Juez o Tribunal Sentenciador, o por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

QUINTO.- Si bien es cierto que el Tribunal Supremo se pronunció en Auto de 16 de diciembre de 2009 sobre esta cuestión, después de la citada reforma, es bastante pacífico entender que los nuevos artículos 97 y 98 del Código Penal, reservan al Juez o Tribunal Sentenciador cualquier decisión sobre la salida del Centro en que se encuentra el sometido a Medida de Seguridad de internamiento, porque dicha reforma incidió de manera relevante en el sistema de medidas penales, tanto penas como medidas de seguridad, por entender que, en esta materia, el Juez de Vigilancia Penitenciaria solo tiene la función de –Proponer–, no de –Resolver–.

Así lo entienden la mayoría de las Audiencias Provinciales, y, en concreto, la mayoría de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid.

SEXTO.- Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tienen competencia para ciertas cuestiones en materia de Medidas de Seguridad por lo dispuesto de modo genérico en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y más concretamente conforme a lo ordenado en los artículos 97, 98 y 105 del Código Penal, tienen unas competencias muy específicas que no pueden ser objeto de interpretación extensiva.

Cobra así todo su sentido el criterio hermenéutico del artículo 101 y siguientes del Código Penal.

SÉPTIMO.- El Juez de Vigilancia Penitenciaria, se configura, según las funciones que le atribuye el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, como ejecutor de penas y garante de los derechos de los internos; se considera a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, según las palabras del Tribunal Supremo, como una rama especializada de la jurisdicción ordinaria, pues con la creación de estos Juzgados se judicializó la ejecución de las penas privativas de libertad, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución Española; no obstante, los artículos 984 a 986 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyen al Juez o Tribunal Sentenciador, la competencia para ejecutar las Sentencias, de tal manera que, cuando se produce un incidente de ejecución trascendental, constituye materia propia y genuina de ejecución que corresponde al Tribunal Sentenciador, porque no está atribuida de manera específica al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, ya sea decretar la busca y captura cuando se trata del quebrantamiento de permisos penitenciarios, ya sea decretar la busca cuando un internado (sometido a medida de seguridad privativa de

libertad) se ha evadido. Corresponde al Tribunal a cuya disposición se encuentra el internado (artículo 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), cursar las órdenes necesarias para su reingreso en la cárcel o Centro de Internamiento, en cuyo caso, y una vez reingresado, el Juez de Vigilancia recupera su competencia especializada.

OCTAVO.- En este panorama ha irrumpido el Estatuto de la Víctima del delito, las medidas de protección que sean oportunas en las salidas habrá de disponerlas el Tribunal Sentenciador

Las salidas terapéuticas carecen de una regulación clara, pero su autorización supone una modificación del régimen de internamiento en la que se deben tener en cuenta criterios de seguridad y peligrosidad que no sólo afectan al sujeto (interés terapéutico), sino a otras personas concretas (víctimas) o a la sociedad, y la fuente de tales criterios sólo puede hallarse en el conocimiento del Tribunal Sentenciador.

En definitiva el Juez de Vigilancia Penitenciaria no debe asumir más competencias de las que la Ley le confiere, y, por ello, procede plantear la presente cuestión negativa de competencia con el Órgano Judicial Sentenciador.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

DISPONGO

Plantear ante el Tribunal Supremo, Cuestión Negativa de Competencia con la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, respecto a quién es el Órgano competente para resolver las peticiones de salidas terapéuticas de los internados que se encuentran cumpliendo Medida de Seguridad de internamiento.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 2 Madrid de fecha 14-11-16

Antecedentes

I.- Se está tramitando cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo sobre salidas terapéuticas.

II.- Se interesa de este Juzgado la autorización, con carácter cautelar, de salidas terapéuticas para renovación de permisos de conducción.

III.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido de que se autoricen para no perjudicar los intereses del internado.

Razonamientos jurídicos

I.- Se solicita de este Juzgado, que como medida cautelar, y mientras se tramita Cuestión de Competencia ante el Tribunal Supremo, se autoricen las salidas terapéuticas necesarias para que el internado pueda renovar sus permisos de conducción.

II.- Con el fin de no perjudicar los intereses del internado, tal y como interesa el Ministerio Fiscal, se autorizan las salidas terapéuticas imprescindibles para que pueda realizar los trámites y ejercicios necesarios con objeto de renovar sus permisos de conducir, siempre acompañado por personal responsable del Centro y por personal de la Entidad Manantial, dentro del Programa PAIEM, con respeto a las prohibiciones establecidas en la Sentencia condenatoria y adoptando cuantas cautelas sean necesarias, a criterio de los profesionales que llevan su seguimiento que impidan se pueda producir cualquier incidencia negativa.

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

Parte dispositiva

Autorizar las salidas terapéuticas interesa conforme y con las cautelas a que se refiere el Razonamiento Jurídico Segundo de la presente resolución.

CAPÍTULO X

PERMISOS

86.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 14/06/16

Estimación de recurso de apelación concediendo permiso por no estimar relevantes los factores desfavorables (con voto particular en contra).

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente al margen reseñado dictó auto de fecha 13 de abril de 2015 por el que se deniega permiso ordinario de salida.

SEGUNDO.- Por la Letrada, en nombre y representación del interno, presentó escrito, formulando recurso de apelación contra la mencionada resolución.

TERCERO.- Dado traslado del mismo al Ministerio Fiscal, interesó su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Seguidamente fueron 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.

Fundamentos de Derecho

1.- Los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 151 del Reglamento Penitenciario disciplinan la concesión de permisos ordina-

rios de salida; requieren que se trate de un penado clasificado en segundo grado, que haya cumplido la cuarta parte de la condena y que observe buena conducta. El artículo 156.1 del Reglamento señala que, no obstante concurrir tales 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 desfavorables 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.

Con el previo informe del equipo técnico, que debe valorarse pero no resulta vinculante, la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso, concesión que aún requiere la autorización del Juez de Vigilancia o del Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado.

Por lo tanto, el marco legal nos ofrece tres requisitos objetivos, que deben concurrir simultáneamente, y pautas preestablecidas de valoración individual del caso para evitar quebrantamientos, reiteración delictiva u obstaculización del programa de tratamiento. Es importante resaltar que la concesión o denegación de permisos no es una potestad graciable de la Administración penitenciaria, porque su discrecionalidad está sometida a reglas precisas, de tal manera que sólo razones atinentes a un peligro de fuga o elusión, o reiteración delictiva, o relacionadas con el tratamiento individualizado pueden sustentar la decisión denegatoria, cuando se dan los criterios sobre el tiempo de condena, la clasificación y la conducta.

2.- Los permisos de salida dan respuesta al derecho del interno a que se facilite su relación con el exterior (artículo 4.1-e Reglamento Penitenciario), porque el contacto con la sociedad le prepara para la futura libertad y neutraliza o reduce los efectos desocializadores que producen el aislamiento propio de las penas de prisión, lo que se denomina la prisionización. Por ello el permiso de salida es un medio adecuado para el tratamiento penitenciario, al tiempo que posibilita y potencia la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (artículos 110, 114 y 154 Reglamento Penitenciario).

La jurisprudencia constitucional ha precisado los términos y los límites de ese medio de intervención en el tratamiento penitenciario: “La posibi-

lidad 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) al contribuir a lo que hemos denominado la «corrección y readaptación del penado» y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento que (...) 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» (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 5 mayo).

3.- Para desestimar la queja contra la decisión de la Junta de Tratamiento que denegó la concesión de permiso, el Magistrado-Juez Central de Vigilancia Penitenciaria invoca i) gravedad de la actividad delictiva, ii) pertenencia a una organización delictiva, iii) lejanía de la fecha de cumplimiento, iv) actividad delictiva compleja y v) riesgo elevado de quebrantamiento.

Los datos relevantes para construir el caso son:

(i) Cumple condena por delito contra la salud pública, conducta inserta en una organización internacional,

(ii) El tiempo de la pena es de 15 años de prisión, de la que había cumplido la mitad el 10.4.2014, las dos terceras partes están previstas para dentro de unos meses, el 9.10.2016, y el licenciamiento está previsto para 8.10.2021,

(iii) Es nacional de Colombia, cuenta cuarenta y ocho años, tiene buena conducta, destino remunerado y habita el módulo de respeto,

(iv) Desde el punto de vista del tratamiento se afirma que presenta una trayectoria delictiva muy consolidada, con estilo de vida vinculado al tráfico de drogas, siendo la motivación el ánimo de lucro,

(v) Tiene arraigo familiar, está casado con española y tiene una hija de 13 años; el cónyuge lo acogería a los fines de control externo en el disfrute del permiso en el domicilio de calle Sirio de Madrid,

(vi) Participa en un módulo de compromiso, es responsable de un grupo de trabajo, su participación es positiva, buen comportamiento y protagonismo en la vida del módulo, siendo exigente en el tema de la limpieza e higiene.

La gravedad del hecho y su complejidad así como la pertenencia a una organización criminal –lleva casi diez años en prisión y no hay indicio alguno del mantenimiento de dicha relación–, son circunstancias que nada dice sobre la idoneidad del permiso. La lejanía de la fecha de cumplimiento no es tal, cuando se encuentra cerca de las dos terceras partes del tiempo de la pena. La ponderación del riesgo se hace con base en su condición de extranjero y en una supuesta profesionalidad: resulta que está casado con española y tiene una hija nacional también, lo que demuestra su arraigo familiar. Además, solo le consta una condena, por lo que la profesionalidad es una conjetura que no se sostiene.

Resulta que los fines del permiso, como instrumento de tratamiento, son preparar la vida en libertad y neutralizar las consecuencias de la prisionización. En este momento de cumplimiento es irrelevante el título de condena –estamos casi en las dos terceras partes del tiempo de cumplimiento– el cuarto del tiempo de la pena que prevé la norma resulta indisponible y marca la finalidad de prevención general y de retribución de la privación de libertad.

4.- En nuestra anterior resolución, como recuerda el recurrente, dijimos que “el paso del tiempo de condena y la vinculación familiar, disminuyen el riesgo de quebrantamiento y deberán ser tenidos en cuenta para facilitar de modo inmediato su relación con el exterior (artículo 4.1-e Reglamento Penitenciario), porque el contacto con la sociedad y su familia le prepara para la futura libertad y neutraliza o reduce los efectos desocializadores que producen las penas de prisión”. Nada de ello ha sido tenido en cuenta ahora.

Tiene esposa y una hija que le acogerían en el domicilio familiar. Reconoce el delito y ha evolucionado muy positivamente. En este momento no debe prescindir la Administración de la herramienta del permiso como mecanismo de rehabilitación, máxime cuando existen medios externos de control y necesidades de habilitar espacios para la reconstrucción de los lazos sociales y la convivencia con su familia. Al margen de que un juicio sobre conducta humana futura es siempre incierto, estos datos permiten elevar un pronóstico bajo de riesgo. El permiso significa otorgarle un gra-

do de confianza al condenado, permitirle un contacto con la realidad fuera de la prisión, a la que en su momento será reintegrado, entre otras cosas para relacionarse con la sociedad, quizá sirva también para alimentar la esperanza de un futuro mejor respetando la legalidad, contenido de la reincursión como programa penitenciario.

5.- En síntesis, no existe un riesgo razonable de quebrantamiento y no hay razones de tratamiento que desaconsejen la concesión del permiso. Es por ello que los motivos expuestos para desestimar el permiso solicitado no parecen de suficiente entidad para afirmar ahora -frente a la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley, de datos de hecho constatados sobre su conducta y evolución positiva, de la existencia de mecanismos de control externo, del nivel de cumplimiento de tiempo de pena- que exista un peligro insuperable de quebrantamiento, tampoco se ha dicho que el contacto con el exterior pueda perjudicar su evolución y preparación para la futura e inmediata libertad, sino al contrario. El permiso no solo debe preparar su futura libertad, sino empezar a revertir las consecuencias de la prisionización, de ahí que en la ley se establezca como único hito el transcurso del cuarto de la condena como expresión de la finalidad retributiva de la pena.

Los permisos de salida, debe recordarse, 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 Código Penal) y se tendrá en cuenta esa conducta para la posible denegación de nuevos permisos. De esa manera los permisos permiten comprobar de modo riguroso la evolución del condenado y el avance del tratamiento.

Por todo ello, debe accederse al recurso de apelación y conceder al Sr. Ramón Manuel Yepes Penagos un permiso ordinario de cuatro días, con las medidas de seguridad que la Junta estime procedentes.

Voto Particular

Que formula el Magistrado D. Nicolás Poveda Peñas, con carácter disidente respecto del auto emitido con fecha 14 de junio de 2016 en el Rollo de apelación 413/2016, dimanante del Expediente 0000402/2013 007, relativo al interno R.M.Y.P. del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

A.- En cuanto a los antecedentes de hecho que se indican en la resolución, con cuyo contenido jurídico se discrepa, estimamos, que nada afectan a la discrepancia citada, al referirse únicamente a datos de actuaciones procesales, sin comentario alguno.

B.- I.- Comenzamos exponiendo que se discrepa respecto de la resolución citada en cuanto a su fundamentación y su parte dispositiva.

II.- Discrepo del parecer mayoritario, con los debidos respetos al Tribunal, por considerar:

En primer lugar se ha de tener en cuenta que es objeto de la queja, del auto recurrido y del recurso la denegación de permiso efectuada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Villena (Alicante II) de fecha 23 de septiembre de 2015, que argumenta en la concurrencia de los siguientes factores negativos; gravedad de la actividad delictiva; actividad delictiva compleja que precisa preparación e infraestructura; pertenencia a organización delictiva o de carácter internacional; lejanía de la fecha de cumplimiento de los tres cuartos de condena; alta puntuación en la tabla de variables de riesgo .

El auto de la mayoría recoge en apoyo de su tesis, cuya consecuencia es la concesión del permiso, de que concurren los requisitos exigidos en la normativa penitenciaria habida cuenta que ha cumplido gran parte de la condena, los 3/4 en el momento los cumpliría en 8-01-2018 y que su comportamiento penitenciario es bueno.

III.- Con el máximo respeto discrepo del parecer mayoritario, en primer lugar y con carácter general por que el hecho de que los permisos hemos de considerarlos no como una respuesta al derecho del interno de que se facilite su relación con el exterior, ya que no se corresponde tal afirmación con los términos establecidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional para la consideración de los permisos penitenciarios.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21-11-05, dice:

“Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2005, de 14 de febrero: “son ya muchas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia se ha ocupado de determinar cuándo una resolución judicial denegatoria de un permiso de salida a un preso constituye un ejercicio efectivo de tutela judicial. El canon de control constitucional resultante es más riguroso que el genérico que repara sólo en si la resolución impugnada es arbitraria,

manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1998, de 31 de marzo, FJ 3). La razón estriba en que, aunque tal resolución no pueda nunca vulnerar el derecho a la libertad personal de los internos, ‘pues la privación de ésta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2003, de 29 de septiembre), no cabe duda de que en las decisiones en torno a los permisos de salida está en juego el valor superior de la libertad, pues de la concesión de los mismos va a depender que el preso ‘disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 4). Asimismo, y ésta es la segunda razón por la que en estos supuestos es más riguroso el control de la tutela judicial, el permiso de salida sirve a una de las finalidades esenciales que la Constitución impone a la pena privativa de libertad, cual es ‘la reeducación y inserción social’ (artículo 25.2 de la Constitución Española). Este trasfondo constitucional, y con ello no sólo la obvia necesidad social de que la pena no se quebrante, ha de formar parte de la ponderación judicial que informe la decisión sobre el permiso solicitado. No es pues constitucionalmente suficiente que el Auto en cuestión se apoye sin más en el Reglamento penitenciario –y esté en tal sentido fundado en Derecho– y que así lo exprese –y esté en tal sentido motivado–, sino que es imprescindible que tome en consideración los valores constitucionales en juego y que de un modo u otro exponga tal ponderación”.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2003 de 16 de junio recoge:

“Es obligado señalar, ante todo, que la posibilidad de conceder dichos permisos se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y inserción 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, FJ 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; menos aun 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 dichos permisos.

Hemos afirmado además que “la 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 (Sentencias del Tribunal Constitucional 75/1998 y 88/1998)”, de modo que “todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, 2/1997, 81/1997, 193/1997 y 75/1998; y Auto del Tribunal Constitucional 311/1997)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, y, en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000, de 5 de mayo, FJ 3). Afirmar la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, FJ 3, recogiendo la doctrina ya expresada anteriormente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997, de 22 de abril, lo siguiente: “En efecto, la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos, y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, pues, ante todo de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica general penitenciaria como el Reglamento penitenciario se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión”.

Añadiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000 lo siguiente en orden a la concesión de permisos:

4. La ausencia de automatismo en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, modificado por el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, aplicables en el presente caso. En sus artículos 47.2 y 254, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Estos permisos se pueden dispensar,

previo informe de los equipos técnicos, a los penados que, estando clasificados en 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 254.2 del Reglamento Penitenciario añade que, no obstante reunir los dos requisitos antes mencionados, la propuesta de los equipos técnicos o el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración serán negativos si, por informaciones o datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares, consideran que es probable que el penado quebrante la condena, o que cometa nuevos delitos o, simplemente, que el permiso pueda repercutir negativamente en la finalidad principal del disfrute que es la preparación de la vida en libertad del interno.

Por ello, hemos exigido que en la concesión o denegación de los permisos de salida se explicite la presencia de tales circunstancias o requisitos, tanto en sentido positivo como negativo, exponiendo así las razones conecadas con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento”.

Tesis que insiste en la doctrina anterior contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/95 que dice:

“Lo dicho hasta ahora convierte todo lo relacionado con los permisos de salida en una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, 2/1997, 61/1997, 193/1997 y 75/1998; y Auto del Tribunal Constitucional 311/1997). En efecto, la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos, y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, pues, ante todo de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión. Aunque también resulta innegable, que, puesto que “al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia”, “su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces 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 expresa-

dos” (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996 y Auto del Tribunal Constitucional 5/1998), y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones”...

De idéntico sentido a la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1998 que recogía en sus fundamentos:

“Pues bien, como tiene establecido este Tribunal Constitucional, “todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen 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 un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cuál es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen uno vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces 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” (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, fundamento jurídico 4^o y 2/1997, fundamento jurídico 4^o).”

De tal contenido jurisprudencial cabe considerar establecido de forma reiterada, que los requisitos establecidos en los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario, recogen unos supuestos de carácter mínimo, pero que los mismos no excluyen la valoración de otra serie de circunstancias que puedan poner en peligro el tratamiento de la corrección y readaptación del penado, los que caso de concurrir llevarían a la denegación del permiso.

IV.- Que en el presente caso nos encontramos ante un penado, que si bien reúne los requisitos mínimos antes mencionados en cuanto a la temporalidad y la buena conducta penitenciaria, por el contrario presenta según el informe psicológico un sistema de actitudes prosociales no integrado; jerarquía de valores que puede resultar laxa y permisiva con ciertas conductas delictivas. Reconoce los hechos delictivos, se aprecian mecanismos defensivos tendentes a amortiguar la asunción de su res-

ponsabilidad personal en los mismos, proponiéndose la participación del mismo en actividades penitenciarias que contribuyan a su desarrollo personal, y según el informe emitido por el Trabajador social se indica que lleva residiendo en España desde hace 17 años, manifestando el penado que no ha trabajado nunca en España, no teniendo comunicaciones personales en los últimos meses.

De todo ello se advierte según mi criterio y con el debido respeto a la mayoría, que nos encontramos ante un penado que presenta un cuadro que permite concluir que se trata de una conducta ajena al planteamiento normativo de los permisos que conforme a la interpretación jurisprudencial citada anteriormente se desprende que el permiso, en modo alguno se trata simple derecho a salir del Centro penitenciario, sino que se trata de un instrumento del tratamiento de reinserción diseñado por el equipo técnico.

V.- En cuanto a la parte dispositiva del auto mayoritario, asimismo muestro mi discrepancia, habida cuenta que considero que en base a la fundamentación anterior, es prematura la concesión del permiso interesado, dados los elementos negativos que hemos indicado no siendo acorde con en el tratamiento rehabilitador y reinsertador del mismo.

Es por ello por lo que de conformidad con la normativa citada se establece por mi parte un criterio distinto en cuanto al contenido de la fundamentación del parecer mayoritario, y respecto de la parte dispositiva del Auto todo ello con el debido respeto y consideración hacia la mayoría, emito este voto en contra.

87.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 31/05/16

Estimación de recurso de apelación, concediendo permiso pese a la lejanía de las 3/4 partes de la condena.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha quince de abril de dos mil dieciséis, el Juzgado referido dictó auto, cuya parte dispositiva establece:

«Procede la denegación del permiso de salida solicitada al interno D.M.J.O.»

SEGUNDO.- Por la representación de D.M.J.O. se interpuso recurso de apelación del que, admitido a trámite, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó escrito de impugnación.

Con posterioridad se remitieron los Autos a esta Audiencia Provincial se incoó el correspondiente rollo.

II. Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que denegó al recurrente un permiso de salida.

En la concepción que este tribunal tiene de esta institución, a la que reconoce desde luego una pluralidad de fines, destaca su condición de instrumento del tratamiento penitenciario, que debe ser utilizado en circunstancias evolutivas dentro del proceso de recuperación social, erigidas en premisas irrenunciables en tanto que los efectos beneficiosos de carácter individual que puedan predicarse son siempre tributarios de la mitigación racional del riesgo de reiteración de conductas delictivas o quebrantamiento que supongan el atentado a bienes sociales o de terceros, o un peligro de involución tratamental en el propio sujeto.

Por consiguiente, los requisitos establecidos en los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y en el artículo 154 de su Reglamento, operan como condiciones mínimas, que no suficientes, para la concesión del permiso, pues a la buena conducta, la clasificación en segundo grado y la extinción de la cuarta parte de la condena, el interno debe ofrecer unas condiciones de seguridad bastantes para descartar aquellos riesgos, de suerte que no basta con el mero transcurso del plazo en prisión observando un comportamiento correcto desde el punto de vista del cumplimiento de los deberes intrapenitenciarios, sino que se exige la corrección de aquellos factores que determinaron su actividad delictiva.

Esta consideración es fruto de la propia finalidad de reinserción que el artículo 25 de la Constitución establece para la pena privativa de libertad, cuyo mandato lo es desde luego, para articular concretamente la política

penitenciaria, pero supone, como es lógico, una carga en los internos de contribuir positiva y eficazmente en su labor de recuperación social.

SEGUNDO.- En relación con el asunto ahora enjuiciado, ha de sostenerse que la razón que determina la denegación del permiso solicitado hace referencia fundamentalmente a la lejanía del tiempo en que el recurrente alcanzará las tres cuartas partes de la condena.

En este sentido, es cierto que la Sala ha considerado dicha variable con referencia a las condiciones personales del sujeto, y siempre en relación con otros factores concurrentes, teniendo siempre en cuenta que no se trata de un requisito temporal equiparable al mínimo que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, y la razón que anima tal determinación debe anudarse con lo ya expuesto en el fundamento jurídico primero de esta resolución en que no hasta un determinado tiempo en prisión, sino que el permiso de salida es un elemento del tratamiento penitenciario administrable en la medida en que concurra un intento serio de rectificación que aminore los riesgos derivados de una personalidad demostrada peligrosa por la propia comisión de hechos punibles, más aun en condenas de larga duración.

Fuera de tales supuestos, el dato temporal por sí sólo no es oponible, lo que necesariamente conduce al análisis de las concretas circunstancias del interno. Y en tal menester se ha de subrayar que su trayectoria penitenciaria fue correcta, hasta el punto de merecer la progresión al tercer grado en la condena que hasta entonces venía cumpliendo, si bien durante ese periodo sufrió otra por hechos anteriores, que datan de dos mil nueve; y aunque se entienda que, dada la relativa entidad de su duración, de más de siete años, era procedente en principio el retorno al segundo grado, no puede concluirse que su evolución personal retrocediera hasta extremos tan graves como la privación de todo permiso, sólo porque median más de tres desde que se solicitó hasta que nuevamente alcance las tres cuartas parte. Si ya su momento fue merecedor de la confianza que supone la libertad condicional, solo retrocedida por la referida condena, no puede ahora, sin otra motivación, equiparan su situación a la de quien no ha acreditado aquellos sólidos progresos en su procesos de recuperación social, por lo que, en definitiva, no entiende la Sala subsistente riesgos de reincidencia o quebrantamiento ya superados en algún momento. En consecuencia el recurso debe ser estimado.

TERCERO.- No ha lugar a hacer expresa imposición de costas.

Parte dispositiva

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por D.M.J.O., contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía de quince de abril de dos mil dieciséis, y con revocación del mismo conceder al recurrente un permiso ordinario de tres días de duración.

88.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 29/01/16

Concesión de permiso y derechos de la víctima del delito.

Hechos

PRIMERO.- Solicitado permiso ordinario de salida por el interno A.G.R. ante la Junta de Tratamiento, por acuerdo de fecha 5 de noviembre de 2015 se ha formulado por dicho organismo propuesta favorable.

SEGUNDO.- Incoado expediente, el Ministerio Fiscal ha informado a favor de la concesión del permiso haciendo constar, para el caso de concesión, que el supuesto es de los comprendidos en el artículo 7.1.e) de la Ley 4/15 de 27 de abril.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- La concurrencia de los requisitos previstos en la legislación penitenciaria (artículo 47, apartado 2º de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 y siguientes del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 9 de febrero de 1996), a saber, que el reo esté clasificado en segundo o tercer grado, que hay extinguido al menos la cuarta parte de la condena y que no observe mala conducta, posibilitan el acceso a los permisos de salida.

De los preceptos mencionados se deduce que la concesión de los permisos de salida es cuestión regulada legal y reglamentariamente, señalándose en la norma reglamentaria las restricciones a tales permisos, concretamente, en el artículo 156 en el que se señala que el informe del Equipo Técnico será favorable o desfavorable en atención a la peculiar trayectoria o por la existencia de variables cualitativas, probabilidad de quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de dicha salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

SEGUNDO.- En el caso que se analiza, la propuesta que se formula por parte de la Junta de Tratamiento es favorable para evitar el desarraigo familiar y social y preparar la vida en libertad, y es criterio que debe acoger este Juzgado en cuanto, y en efecto, concurren en el penado las circunstancias que permiten la concesión del permiso, habiendo expresado la Junta por unanimidad el resolver la concesión del permiso bajo determinadas medidas de control. Finalmente reseñar que se concede este permiso en tanto se presupone en el interno una capacidad de responsabilidad y confianza merecedoras de tal disfrute a los efectos del fin que le es propio, a saber, la preparación de su vida posterior en libertad.

Asimismo y sobre el disfrute del permiso por el interno debe hacerse al mismo la observación de que el desarrollo del cumplimiento de su pena y la concesión de beneficios, como el actual, vendrá determinada por el adecuado uso que haga, haciéndole además la prevención de que según dispone el apartado 2º del artículo 157 del Reglamento Penitenciario: Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugar o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios.

TERCERO.- Pese a hallarnos ante uno de los supuestos en que efectivamente habría que entrar a valorar si concurren los requisitos del artículo 7.1.e) de la Ley 4/2015 –Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada (..), y se le notificarán las siguientes resoluciones: (..) e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un

riesgo para la seguridad de la víctima.–, el hecho de que no conste solicitud de la víctima en tal sentido –entiendo que la previsión del artículo 5.2 de la Ley 4/2015 (Esta información será actualizada en cada fase del procedimiento..) hace referencia al inicio de la ejecución (las fases del proceso penal son instrucción, enjuiciamiento y ejecución) ante el órgano sentenciador, trámite que no se cumplimentó en su día al no estar aún vigente las previsiones de la Ley 4/2015, cuya DT Única dispone que en modo alguno éstas supondrán una retroacción de los trámites que ya se hubieran cumplido–, determina que se excluya en este momento pronunciamiento en el sentido de, si por perpetrarse el/los delito/s objeto/s de condena con violencia/intimidación, concurre riesgo para la seguridad de la víctima. Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a la víctima para formular, en todo momento y ante este Juzgado, la solicitud del artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015.

En consecuencia, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

Parte dispositiva

SE AUTORIZA el permiso de 6 días propuesto por la Junta de Tratamiento al interno A.G.R., fijándose como medidas de control: La presentación ante las Fuerzas de Seguridad del Estado al inicio y final del permiso y Tutela de una Institución de acogida.

89.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 11/10/16

Estimación de recurso de apelación, concediendo permiso pese a la condición de extranjero en situación irregular del interno.

Antecedentes de hecho

Único.- Por Auto de fecha 1 de agosto de 2016, en el Expediente Penitenciario nº 2.974/16, el Juez de Vigilancia Penitenciaria desestimó el recurso de queja formulado por la representación del interno U.S. contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento de la prisión de Córdoba de 25 de

mayo de 2016, por el que se le había denegado por mayoría el disfrute de un permiso de salida. Contra el Auto se interpuso recurso de apelación, del cual se ha dado traslado al Ministerio Fiscal, que se ha opuesto a su contenido y petición.

Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se formó el oportuno Rollo que, turnado de ponencia, ha correspondido al Magistrado José Antonio Carnero Parra.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario regulan los permisos de salida ordinarios, concibiéndolos como un instrumento en la preparación para la vida en libertad del interno, formando parte de la política de reeducación penitenciaria que la Constitución consagra.

La jurisprudencia de esta Sala viene considerando como principio básico de estos permisos la contribución al tratamiento del interno, lo que excluye que puedan fundamentarse como meros beneficios de buen comportamiento en el interior del centro. También insiste en que, para valorar lo más conveniente para el interno, debe atenderse fundamentalmente a los informes de los equipos técnicos de los Centros Penitenciarios, al tratarse de un órgano multidisciplinar, cuyos profesionales, aparte su experiencia, son los mejores conocedores de la situación de aquél, su personalidad y, en suma, la conveniencia o no de otorgarles el permiso que solicita.

Estos mismos preceptos condicionan la concesión de esos permisos a determinados requisitos, como son que el condenado esté clasificado en segundo o tercer grado, que haya extinguido la cuarta parte de su condena y no observe mala conducta. Además, debe completarse con la esencia y finalidad del tratamiento penitenciario, dirigido siempre a su proceso de reinserción social.

Por eso, el artículo 156 del mismo Reglamento, en su párrafo primero, exige un informe no vinculante del Equipo Técnico para analizar la probabilidad de que el uso del permiso pueda derivar, bien en la comisión de nuevos delitos, bien en un quebrantamiento de la condena, o en última instancia, pueda suponer una repercusión negativa desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o para el programa de su tratamiento.

SEGUNDO.- Aplicando estos conceptos al caso aquí analizado, lo primero que debe afirmarse es que concurren los requisitos mínimos que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, pues el interno superó hace mucho la cuarta parte de su condena (10-9-2011), está clasificado en segundo grado penitenciario y no existen datos que constaten que observe mala conducta en el Centro, pues no constan antecedentes de que haya sido sancionado.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que, condenado por dos delitos de no especial gravedad, no existe lejanía de la fecha de excarcelación, pues a la fecha del Acuerdo de la Junta de Tratamiento ya había cumplido las tres cuartas partes de la condena (28-11-2015). Como ya ha reiterado este Tribunal en múltiples resoluciones anteriores, viene imponiéndose como criterio de bastantes Audiencias Provinciales, entre otras ésta, en orden a lograr un principio de fijeza interpretativa y de seguridad, que esos permisos pueden ser eficaces cuando aquella posibilidad queda con una proximidad inferior a tres años, o excepcionalmente, dos años para conductas más graves.

Según consta en el expediente, el otro motivo de denegación viene conectado a su condición de extranjero en situación irregular en España (se afirma que tiene incoada una orden de expulsión). Esta Sala, igual que hizo en resoluciones anteriores de fecha 3 de marzo de 2015 (Rollo nº 234/15) y 4 de julio de 2016 (Rollo nº 599/16), considera que dicho argumento que, en esencia, constituye el único fundamento de la denegación del permiso, no es motivo suficiente para ello. En el primero de esos expedientes se consideró que se trataba de una persona extranjera en situación irregular, pero que ello no iba acompañado de falla o insuficiencia de arraigo, puesto que estaba casado con una mujer de nacionalidad española, con quien tenía un hijo también nacional, estando empadronados en la localidad de Málaga, con posibilidades laborales. Nada se nos aporta que contradiga aquella información que entonces tuvimos en cuenta.

Pero es que, además, en ese procedimiento se le concedió un permiso de salida que, al parecer ha venido acompañado de nuevos beneficios de esa naturaleza concedidos por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin que por la Junta de Tratamiento se haya valorado un uso indebido de los mismos. Por tanto, no existieron incidencias negativas en su disfrute y el interno se reintegró con normalidad al Centro Penitenciario a su finalización (el último permiso que consta ha disfrutado fue entre los días uno y cuatro de abril de este año).

Las circunstancias negativas que ahora se ponen de manifiesto existían en su esencia al tiempo de la aprobación y disfrute de esos permisos y el recluso demostró con su actitud que no le afectó de manera negativa como riesgo de quebrantamiento, pues reingresó en el momento fijado en el centro.

En esencia, el recluso ya ha accedido a este beneficio con anterioridad y ha disfrutado de esos permisos con éxito, encontrándose en un momento evolutivo de su proceso de reinserción que propicia la efectividad de esa medida y permite abundar en ella, sin que se den razones de consideración en la resolución denegatoria recurrida que puedan oponerse al seguimiento de ese proceso ya iniciado y que justifiquen el cambio de criterio judicial.

Por lo razonado, no existen motivos serios para la denegación del permiso, por lo que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto y conceder al interno un permiso de salida de mínimo tres días, sin que proceda pronunciamiento sobre las costas de este expediente.

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del interno U.S. contra el Auto de 1 de agosto de 2016 dictado por el Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Córdoba en el expediente n° 2.974/16, el cual revocamos en el sentido de que procede otorgar al mismo un permiso de salida mínimo de TRES DÍAS en las condiciones que se estimen adecuadas por el Centro Penitenciario atendiendo a la personalidad de aquél, sin hacer pronunciamiento condenatorio de las costas de esta alzada.

90.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 23/06/16

Estimación de recurso de apelación, concediendo permiso pese a recepción de una nueva causa penada.

I. Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha tres de mayo, el Juzgado referido dictó auto, cuya parte dispositiva establece:

«Procede la denegación del permiso de salida solicitado al interno F.G.F. de la Junta de Tratamiento de fecha 11-02-201 de la Prisión de Córdoba.»

SEGUNDO.- Por la representación de F.G.F. se interpuso recurso de apelación del que, admitido a trámite, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó escrito de impugnación.

Con posterioridad se remitieron los Autos a esta Audiencia Provincial donde se incoó el correspondiente rollo.

II. Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que denegó al recurrente un permiso de salida.

En la conceptualización que este tribunal tiene de esta institución, a la que se reconoce desde luego una pluralidad de fines, destaca su condición de instrumento del tratamiento penitenciario, que debe ser utilizado en circunstancias evolutivas, dentro del proceso de recuperación social, erigidas en premisas irrenunciables, en tanto que los efectos beneficiosos de carácter individual que puedan predicarse son siempre tributarios de la mitigación racional del riesgo de reiteración de conductas delictivas o quebrantamiento que supongan el atentado a bienes sociales o de terceros, o un peligro de involución tratamental en el propio sujeto.

Por consiguiente, los requisitos establecidos en los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y en el artículo 154 de su Reglamento, operan como condiciones mínimas, que no suficientes, para la concesión del permiso, pues a la buena conducta, la clasificación en segundo grado y la extinción de la cuarta parte de la condena, el interno debe ofrecer unas condiciones de seguridad bastantes para descartar aquellos riesgos, de suerte que no basta con el mero transcurso del plazo en prisión observando un comportamiento correcto desde el punto de vista del cumplimiento de los deberes intrapenitenciarios, sino que se exige la corrección de aquellos factores que determinaron su actividad delictiva.

Esta consideración es fruto de la propia finalidad de reinserción que el artículo 25 de la Constitución establece para la pena privativa de libertad,

cuyo mandato lo es desde luego para articular concretamente la política penitenciaria, pero supone, como es lógico, una carga en los internos de contribuir positiva y eficazmente en su labor de recuperación social.

SEGUNDO.- Son ya reiteradas las resoluciones que esta Sala ha dictado en relación con el supuesto particular del interno hoy recurrente, baste transcribir la última de ellas para recordar su postura:

«En el caso particular que ahora examinamos por vía de recurso, tal y como en él se expresa y aparece en el auto recurrido, los motivos de la denegación del permiso residen en que, concedido uno por este mismo tribunal en septiembre de dos mil quince, ha recaído nueva condena de tres años y seis meses de prisión por un delito de robo con fuerza en las cosas, que motivó su suspensión.

Independientemente de que esa sentencia sea o no firme, lo fundamental aquí es la fecha de la comisión del hecho, en dos mil diez, y que la nueva condena no altera el cómputo del mínimo temporal en el caso de que resultara finalmente acumulada a la actual; frente a ello, es lo cierto, y de ahí la importancia de aquel factor temporal, que la decisión de la Sala constató una adecuada evolución del interno, suficiente para la concesión del permiso luego suspendido, y que el mero hecho de que haya resultado nuevamente condenado no es de suyo significativo de un especial riesgo de reincidencia o quebrantamiento si ya aparecen puestas las bases para la rectificación de su anterior trayectoria delictiva. En este sentido, decíamos en nuestro Auto de dieciocho de septiembre de dos mil quince que “... a la fecha en que se dicta el Auto recurrido queda escasamente un año y medio para que el apelante recupere definitivamente la libertad, fase ésta en que la preparación a ese retorno prima en la concesión de permisos a poco que, como ocurre aquí, se haya constatado un intento serio de rectificación, según puede deducirse del citado informe del Centro Penitenciario...”.

No parece, pues, que la nueva condena tenga una especial trascendencia en la situación global del recurrente, más allá de suponer una postergación de su definitiva puesta en libertad, resultando a priori, en ausencia de informes en sentido contrario, conveniente la concesión de permisos para consolidar esos progresos en el tratamiento penitenciario, por lo que el recurso debe ser estimado.»

TERCERO.- Este prolegómeno nos sirve para reflexionar sobre el sistema legal de permisos ordinarios como instrumento del tratamiento penitenciario y las distintas finalidades que tiende a cumplir en brevísima consideración que atiende a que, por encima del régimen que se desprende la regulación legal, en tanto que cada solicitud de permiso es objeto de control por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no es tanto la decisión respecto de una solicitud de disfrute concreta lo que debe primar, sino que lo fundamental es si el interno cumple o no, en general, con las condiciones que determinan su concesión, de suerte que, evaluada en sentido positivo, tan sólo circunstancias sobrevenidas de relevancia deben condicionar el resultado de esas concretas solicitudes, al margen de los límites reglamentarios establecidos en cuanto al número de días de disfrute por periodo.

Esta premisa tiene una evidente trascendencia procesal, cuya virtualidad debería de ser objeto de reflexión y estudio, por el hecho de que la resolución jurisdiccional sobre el concreto estado evolutivo de un interno no puede ser objeto de continua revisión, ni administrativa ni tampoco judicial, si se mantienen incólumes las bases fácticas sobre las que se asienta, porque en definitiva es una consecuencia de la vinculación que deriva de la sujeción al precedente como indicativo de respeto al principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución.

Por tal razón, independientemente de la deseable vinculación que la decisión de este tribunal pueda tener en el marco de las circunstancias anteriores, lo que sí es evidente es que nos encontramos sujetos y vinculados por nuestro propio criterio anterior si no median motivos que nos deban inducir a rectificarlo, siempre con la debida motivación y en la línea de lo exigido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que aquí no es el caso, dado que las razones que hoy se oponen a la concesión del permiso son exactamente las mismas que en su día provocaron las resoluciones revocatorias de la Sala en fecha nueve de marzo (rollo 337/2016) y veintiuno de abril del corriente año (rollo 451/2016), esta última objeto de la transcripción precedente, por lo que, con remisión a ellas, el recurso debe ser nuevamente estimado, más aún cuando el criterio de la Junta de Tratamiento es abrumadoramente favorable a la concesión del permiso.

CUARTO.- No ha lugar a hacer expresa imposición de costas.

Parte dispositiva

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por F.G.F., contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía de tres de mayo de dos mil dieciséis, y aprobar la solicitud de concesión de permiso al referido interno, contenida el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Córdoba de once de febrero de dos mil dieciséis, en los términos contenidos en él sin que proceda hacer expresa imposición de costas.

91.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 10/10/16

Estimación de recurso de apelación concediendo un permiso por no considerar relevantes los factores desfavorables (con voto particular en contra).

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por escrito de la procuradora, en representación del interno J.M.N.B., se interpuso recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 08-06-16 por el que se desestimaba el recurso Interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 11-02-16 por el que se denegaba el permiso solicitado.

El Ministerio Fiscal interesó la ratificación del auto recurrido.

Se admitió la apelación y se envió el procedimiento a la Audiencia Provincial, donde se turnó a la Sección 3ª el día 26-07-16, para deliberación, votación y fallo, que efectivamente ha tenido lugar en la fecha que encabeza la presente resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- El expediente penitenciario precitado se incoó en virtud de interposición de recurso del hoy apelante contra el auto que confirmaba;

la denegación para el permiso ordinario que la Junta de Tratamiento habla denegado.

El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que (...) igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- haber extinguido la cuarta parte de su condena
- no observar mala conducta
- la finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad

Concurrentes los requisitos formales u objetivos –clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no observa mala conducta penitenciaria– 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 RD 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”.

Corresponde a la Junta de Tratamiento la concesión de los permisos, al Juzgado de Vigilancia su autorización, y a las Audiencias Provinciales el conocimiento de las apelaciones en estas materias conforme a lo establecido en D. A., 5ª apartado 3 Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la

reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud de la LO 5/2003, pues resulta claro que no asistimos de lege data a materia de ejecución de penas, sino de tutelas de derechos y control de legalidad de la actividad penitenciaria.

SEGUNDO.- Son varios los argumentos que expresa la resolución recurrida para denegar el permiso penitenciario solicitado, ninguno referidos a los requisitos objetivos recogidos por el interno a saber, estar clasificado en segundo grado, observar buena conducta y tener cumplida 1/4 parte de la condena (2/12/15) y 1/3 a 2/7/16. A ello hay que añadir si fuera penado a 2 años y tres meses más, la 1/4 parte la habría cumplido el 17-06-2016.

Tampoco los motivos denegatorios del Auto recurrido, a la vista de los informes preceptivos del Equipo Técnico, se sustenta en ninguno de los requisitos subjetivos que la misma legislación también establece como motivos de rechazo: “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 su programa individualizado de tratamiento” artículo 156 Reglamento Penitenciario.

Sin embargo, el Auto recurrido expresa como motivos de denegación del permiso solicitado otros, que pasamos a analizar y rechazamos con base a criterios y apoyo argumental diferentes de esta propia Sala derivados de la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo, que traemos a colación, a saber:

A).- La naturaleza del delito por el que ha sido condenado el interno. El razonamiento de la Magistrada no es acertado, ya que no podemos utilizar para impedirle acceder a un beneficio penitenciario previsto en la Ley, el mismo argumento que ya fue tenido en cuenta para sancionarle con la pena de prisión que cumple.

En efecto, esta Sala:

– Así lo dice el Auto de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, Rollo núm. 128/15 en el permiso de salida 9148/14 de mayo de 2015: “La Sra. Juez alega la índole y gravedad de los delitos por los que fue condenado, lo cual puede computar como un bis in idem a estos efectos, toda vez que son factores ya retribuidos por la pena impuesta”.

– Y el auto dictado por esta Sala de 11 de mayo de 2016, en el Rollo 84/16 relativo al permiso de salida 1117/16 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, en cuyo FJ Primero se recoge que:

“la gravedad de los delitos y relativa lejanía de cumplimiento no debe operar a ultranza como causa de denegación del permiso, especialmente en aquellos supuestos en que el interno tiene vínculos familiares, personales o laborales en nuestro país”.

Este argumento, se podrá comprobar con un simple muestreo de autos de distintas audiencias, es el mismo utilizado por todas ellas (Guipúzcoa, Audiencia Nacional, etc.).

B).- La larga extensión de la condena impuesta en relación con el tiempo efectivo de cumplimiento, la lejanía del cumplimiento de las 3/4 partes y de la definitiva.

Es también un argumento rechazado por las Audiencias Provinciales, con apoyo en la Jurisprudencia Constitucional que establece que los permisos no sólo preparan para la vida en libertad, sino que contribuyen a la preparación para la vida en semilibertad, que la 1/4 parte de cumplimiento no es un argumento de invención carcelaria, sino de fijación temporal del legislador que lo estableció como momento en el que los condenados podían acceder a los permisos y, en definitiva que “pudo la ley fijar las condiciones para acceder a los permisos en otra fracción más alta de la pena pero, si no lo hizo, es absurdo invocar lo obvio como una razón de denegación de aquéllos”.

Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996 de 24 junio: “La resolución hace abstracción del hecho de que el penado haya superado más de la cuarta parte de su total duración, y concluye que sólo tiene sentido preparar la vida en libertad cuando la posibilidad de obtenerla o través de la libertad condicional se halle cercana en el tiempo. Se conectan de esta manera los permisos de salida a la obtención de la libertad condicional, obviando las funciones que en sí mismo el permiso está llamado a cumplir. Se olvida, por último, que a través de la clasificación y progresión en grado los penados pueden acceder a regímenes de semilibertad a cuya preparación son también funcionales los permisos.

Es ésta una interpretación restrictiva de los derechos, no anclada en el tenor de la Ley, que limita las posibilidades resocializadoras que la misma

abre, que se aparta de la finalidad propia que inspira la institución que analizamos y que, por tanto, ha de ser tenida por irrazonable...”.

Auto núm. 663/2007 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de noviembre. “Por otro lado, no puede olvidarse que los permisos también sirven para acceder a regímenes de semilibertad a cuya finalidad también son funcionales los permisos”.

Auto 586/1987 Audiencia Provincial de Madrid Sección 5ª y Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 9ª de 30 de enero y 13,14 y 30 de enero de 200: “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 (artículo 25 de la Constitución Española) o, como la señalada la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1998 la corrección y readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento”.

C).- Los argumentos del Magistrado y del Ministerio Fiscal son contrarios a la siguiente doctrina: Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 112/1996; Los permisos pueden servir a otros fines tales como: la atenuación de los efectos desestructuradores que origina la cárcel en la persona presa, el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares, la búsqueda de futuros trabajos para poder acceder a un tercer grado, el inicio de nuevas relaciones personales, el contacto con personas o asociaciones dedicadas a la reinserción de personas presas”.

Auto 383/2015 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Rollo de apelación 323/2015:

“los permisos de salida dan respuesta al derecho del interno a que se facilite su relación con el exterior (artículo 4,1-e Reglamento Penitenciario), porque el contacto con la sociedad le prepara para la futura libertad y neutraliza o reduce los efectos desocializadores que producen el aislamiento propio de las penas de prisión, lo que se denomina la prisionización. Por ello el permiso es un medio adecuado para el tratamiento penitenciario, al tiempo que posibilita y potencia la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (artículo 110, 114 y 154 Reglamento Penitenciario).

En fin, la Jurisprudencia ha reiterado hasta la saciedad lo dicho anteriormente, incluso ha precisado los términos y los límites de ese medio de intervención en el tratamiento penitenciario: (la posibilidad de conceder permisos

sos 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 y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento que 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 vida 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. Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000 de 5 de mayo”,

D).- El efecto intimidatorio de la pena. No es corriente en la denegación de un permiso de salida (si en ocasiones en las denegaciones de la progresión a tercer grado de tratamiento) que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria fijan como argumento para su denegación, el efecto intimidatorio de la pena. Y más aún la resolución recurrida utiliza datos tácticos que precisamente el mismo Juzgado y todas las Audiencias Provinciales utilizan para llegar a la conclusión contraria:

“el efecto intimidatorio que debe cumplir la pena en supuestos como el presente, en el que el interno gozaba de plena inserción social, familiar y laboral en el momento de la comisión de los hechos delictivos”.

Pero como la Ley no generaliza, sino que habla siempre de “tratamiento individualizado”, personalicemos en los hechos que mantiene el recurrente en prisión; el recurrente ha sido condenado por un delito grave, para lo que basta con ver el alcance y extensión de la pena, pero por un delito económico. No es un delito de sangre, no es un delito violento, ni es un delito sexual. Es un delito económico. Y ha devuelto indemnizaciones al perjudicado Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella, que es lo importante.

TERCERO.- A este respecto son muchas las resoluciones al respecto del cumplimiento del efecto intimidatorio de la pena, creyendo que basta con dejar reflejo de algunas que pudieran resultar de aplicación:

“Este motivo se argumenta sobre la base de que la concesión del permiso suprime o mengua singularmente el efecto de la pena. Pero la pérdida de libertad se valora más negativamente cuando se ha gozado de libertad siquiera unos días. No puede afirmarse científicamente que la pena sea me-

nos terrible por una breve interrupción de la situación de prisión, ni tampoco que la pena tenga por objetivo principal la intimidación del delincuente sino otros como la reeducación y sobre todo, la prevención especial y la capacidad de reinserción, aspectos que deben predominar sobre la intimidación en la fase de ejecución de la condena”.

“El permiso no sólo debe preparar su futura libertad, sino empezar a revertir las consecuencias de la prisionización, de ahí que en la Ley se establece como único hito el transcurso del cuarto de la condena como expresión de la finalidad retributiva de la pena”.

“Ciertamente que el Juez debe hacer lo que es justo, guste o no, pero sin olvidar que la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 de la Constitución) no es patrimonio exclusivo de los Jueces y que el Poder Judicial también emana del pueblo, como el resto de poderes del Estado”.

“La pena, no tiene por objetivo principal la intimidación del delincuente, sino otros como la restitución y, sobre todo, la prevención especial y la capacidad de reinserción”. (Auto 323/2016... y Auto de 17 julio de 2015 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid).

Ahondemos más. ¿Cuánto se lleva cumplido en régimen cerrado el recurrente? Señalar que el penado que ya ha cumplido dos años y un mes de prisión...”), basta con que acudamos a la numeración arábiga: al día (28/6/2016) lleva preso 847 días y 846 noches, para un delincuente ocasional y no habitual, que ha restituido el bien Jurídico protegido (patrimonio público) mediante la devolución de las cantidades indebidamente percibidas con arreglo al calendario que judicialmente lo ha sido marcado por el Tribunal sentenciador, ya en proporción de más del 70% y que su actitud acredita que se ha reparado el daño producido por el delito, al constar en el expediente se ha reintegrado al patrimonio público más del 70% del importe de la responsabilidad civil, cumpliendo por adelantado el calendario fijado por el Tribunal sentenciador (el 9/5 se pagó el plazo correspondiente al 31/7/2016).

CUARTO.- Rechazados todos los argumentos del Auto recurrido (denegar permiso) el mayor obstáculo para la Sala de apelación y ha dado lugar a diversas deliberaciones, es “que al interno le constan responsabilidades pendientes por hechos de similar naturaleza”, en cuanto a tenor del exhorto remitido a la Audiencia provincial de Málaga, Sección 6ª la

sentencia dictada en PA 1005/14 “no es firme respecto de los pronunciamientos condenatorios de J.M.N.B.”, al “haberse interpuesto por las partes recurso de casación”.

En este Sentido termina el Tribunal concluyendo con que la Magistrada y el Ministerio Fiscal, vuelven a utilizar un argumento que no sólo no se encuentra recogido en la legislación penitenciaria como fundamento en el que basar la denegación de un permiso ordinario de salida, sino que por el contrario su utilización contraria la Constitución Española y la jurisprudencia que lo interpreta. Se puede dar el caso de que: ejecutando sin ser firme la Sentencia a la que después se hará referencia (condena al impugnante a 2 años por delito de malversación continuada y 3 meses por falsedad de prisión), la misma no sume pena alguna a la que cumple el apelante.

Además, en el caso que nos ocupa, es menos utilizable este motivo de denegación por el interno no maneja la firmeza de la Sentencia (no la ha recurrido), puede verse afectado por el resultado del Recurso de Casación que pende contra la misma (ha sido impugnada ante el Tribunal Supremo por 4 de los condenados, por lo que caso de ser absolutoria extendería sus efectos al recurrente por aplicación del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y expresamente en trámite de su ejecución, el interno se ha reservado el derecho a pedir el límite de cumplimiento de la pena y la Sentencia así lo recoge (página 154).

Si la Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga deviniera firme, el hecho de tener 2 condenas (en las mismas fechas y por iguales hechos, de ahí la calificación de delito continuado, la agravación ya efectuada de la pena de 6 a 8 años, en vez de 2 a 6) no supone, a criterio de este Tribunal agravamiento alguno para obtener beneficios penitenciarios: Baste leer el Auto dictado por esta Sala en el Rollo 34/16 revocatorio del permiso de salida denegado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva en el Permiso de salida 1117/16 en cuyo FJ Primero indica que “discrepando este Tribunal en que en este caso la reiteración delictiva y organización supongan factores de riesgo en relación con la extensión de la condena y fase de tratamiento, como acoge la resolución judicial denegatoria del permiso de salida.

A más abundamiento indicar de forma sucinta, la existencia de la Causa seguida en la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga, Rollo 1005/14, PA del Juzgado de Instrucción 4 de Marbella. en la que es dictó

Sentencia el 18 de diciembre pasado, no es firme con respecto al alegante, al haber sido recurrida por al Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella y el resto de condenados, el primero para elevar en alrededor de 300.000 € la responsabilidad civil, y los últimos, para demostrar que los hechos enjuiciados no son constitutivos de delito.

En cualquier caso, hay que exponer con respecto a la misma, que en su parte dispositiva aplica “la atenuante de reparación del daño”. Consecuencia del Recurso de Casación de las defensas, la Sentencia del Tribunal Supremo podría provocar la declaración de absolución de los condenados (lo que sería extensible al postulante por mor del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la rebaja de la pena, la eliminación del delito de falsedad documental (por entenderlo subsumido en la malversación, como entendió el mismo Tribunal Supremo, en la Sentencia cuya condena está cumpliendo el recurrente). Y corolario del recurso de acusación particular (el Ministerio Público, se ha aquietado) la pena podría variarse, lo que en ningún caso podría afectar al recurrente,

A su vez siguiendo el criterio de la doctrina pacífica del Tribunal Supremo para no vulnerarse los principios constitucionales de legalidad y de proporcionalidad, y evitar la exasperación punitiva y para no transgredir el principio de culpabilidad, se pueden adoptar varios criterios.

Dice el Tribunal Supremo en la Sentencia 1074/2004, de 18/10 y 11395/2005 de 23/11:

“La situación que alega el recurrente está resuelta en la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que cuando todos los hechos imputados pudieron ser enjuiciados en una misma causa, y lo han sido en dos, en el segundo proceso, para no comprometer el principio de proporcionalidad de las penas reconocido en el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por L.O. 1/2008, y a la que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala -entre otras Sentencia del Tribunal Supremo 658/2014, 705/2014 5 831/2014... “se sigue el criterio de no imponer una pena superior a la que hubiera correspondido de haberse enjuiciado todos los hechos en un único proceso, precisamente porque los hechos pudieron haberse enjuiciado conjuntamente”.

Quiere ello decir que, en definitiva, en este supuesto, la pena máxima a cumplir nunca podría ser superior a los 7 años de prisión, por haber sido ya sancionados hechos de la misma naturaleza con esa pena.

No obstante ello, como quede constancia en la Sentencia (cuyo ejemplar conocemos y obra en poder del Juzgado en el recurso contra la no progresión de grado) y es de vital importancia, el alegante fruto de su arrepentimiento anterior lo mostró ante el Tribunal, pidió perdón, se comprometió a reparar el daño y depositó su importe en dinero y afianzamiento con anterioridad al Juicio Oral, como lo recoge la Sentencia dictada.

Esta Sala sobre el concepto de causa pendiente, se ha pronunciado varias veces a saber La Sección 3ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Huelva, de una forma meridianamente clara:

Autos de 5 y 22 de abril de 2010 en los Rollos 58/16 y 77/16, incoados para sustanciar los Recursos de apelación del interno contra la denegación de permisos de salida 7516/15 y 241/16, cuando dice: “La existencia de responsabilidades penales por sí sola, del mismo modo que no alcanzaría para decretar le prisión preventiva del interno, tampoco tendría que privarle del permiso”.

En estos casos se acoge un doble argumento para conceder permisos: “En cuanto a la causa pendiente, aunque no ha podido confirmarse el archivo de la misma respecto al recurrente, como afirma sin acreditarlo su defensa, lo cierto es que esa eventual responsabilidad pendiente no parece un factor de riesgo relevante para la autorización del permiso, por la doble razón de que ella fue puesto inmediatamente en libertad provisional tras su detención el 7 octubre de 2008 y de que, pese al tiempo transcurrido desde entonces, el extraordinario volumen de la causa, la complejidad de su tramitación y las vicisitudes procesales que ha experimentado no hace prever, si no lo contrario, un próximo enjuiciamiento”.

“Todo proceso pendiente arranca del principio de presunción de inocencia. Reaída, en su día y en su caso condena, sería el momento de estudiar los efectos sobre clasificación del penado, refundición o acumulación de penas, régimen de permisos, etc. no ahora”.

Las normas penitenciarias y la doctrina del Tribunal constitucional, igualmente recogen:

“El permiso no puede ni debe ser una recompensa por el indudable buen comportamiento del interno sino un elemento del tratamiento para la progresiva preparación para la libertad del interno”.

Es lo contrario a todo lo que al respecto establece no sólo la ley y la jurisprudencia constitucional, sino también la de todas las Audiencias Provinciales.

Veamos:

Así, La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo del Código Penal, establece en su artículo 90.1, párrafo segundo que: “para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido... su conducta durante el cumplimiento de la pena”.

Y los artículos 47.2 y 154.1 del Reglamento Penitenciario como requisito sine qua non para poder acceder a los permisos exige el que los internos “no observen mala conducta” de tal suerte que es imposible que el Juzgado pueda conceder el permiso a quien observa mala conducta. (Sólo la interpretación a sensu contrario nos lleva a la conclusión de que el legislador premia el buen comportamiento).

Ya el Tribunal Constitucional en la Sentencia que tanto cita el Juzgado en su Auto núm. 109/2000 (Sala Primera), de 5 de mayo Recurso de amparo núm. 322/1996, lo fijó al recoger que:

“La posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios... constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y con ello, al desarrollo de la personalidad”.

En el mismo sentido todas las dictadas por el mismo Tribunal, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000 de 5 de mayo:

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) a contribuir a lo que hemos denominado la (corrección y readaptación del penado) y se integró en el sistema progresivo formando parte del tratamiento que (...) pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de la responsabilidad del interno y, con ello, el desarrollo de la persona-

lidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado”.

Cuando una persona tiene una trayectoria de esfuerzo, laboriosidad y buena conducta en prisión, sin que conste la existencia de antecedentes penales o de otras responsabilidades pendientes de extinción... aquel debe aprobarse siempre que haya transcurrido la 1/4, siendo indiferente que ésta sea reciente”.

Y ello sin perjuicio, claro está, de que la favorable evolución conductual del interno y muy especialmente, su voluntad reparadora del daño causado, manifestada mediante el abono de la responsabilidad civil que, en elevada cuantía, está llevando a cabo en la Ejecutoria 81/2003 de la Audiencia Provincial de Málaga.

QUINTO.- Finalmente es de vital importancia y hay que recalcarlo, es de justicia, “la reparación del daño causado por el delito” y repercute de una forma fundamental en trámite de ejecución de la pena, para obtener los beneficios penitenciarios el condenado que repara el daño causado –en este caso el patrimonio público–.

Si el interno ha malversado 2.855.000 € y los devuelve. Ello es algo muy a tener en cuenta para concederle el permiso.

Creemos que una respuesta lógica, desde el punto de vista fáctico e incluso social, es concederlo. Analicemos el supuesto de hecho desde el punto de vista jurídico:

Como quiera que la Ley Penitenciaria sí impone que se tenga en cuenta para la clasificación el historial delictivo del interno, la duración de la pena y la actividad delictiva realiza, no cabe sino examinar el problema desde una perspectiva estrictamente penitenciaria, lo cual no debe excluir un detallado e individualizado examen de la totalidad de las circunstancias personales, familiares y sociales que el recurrente ha puesto de manifiesto, alguna de las cuales no han sido, hasta el momento, objeto de valoración, como es sin duda el importante dato de la asunción íntegra de las importantes responsabilidades civiles, que a continuación haremos referencia”.

Es decir, que no sólo se puede, sino que se tiene que tener en cuenta “desde una perspectiva estrictamente penitenciaria un detallado e individualizado examen... de la asunción íntegra de las responsabilidades civiles”.

Y siguiendo la doctrina jurisprudencial sobre el delito cometido y la reparación del daño dice al respecto el Tribunal Supremo.

Partamos del hecho incontrovertido de que el delito cometido es de malversación de caudales públicos, de la fijación de una responsabilidad civil consistente en la devolución de minutas de honorarios profesionales por importe de 2.786.607,30 € (de los que 2.261.531,60 € son de Base Imponible de esas facturas y 425.075,68 € de I.V.A. de las mismas (página 278 y 281 de la Sentencia). Y del mismo modo, también incuestionable es que el interno y tres personas más de manera solidaria con el recurrente están abonando en un calendario fijado por el Tribunal Sentenciador.

Aunque nada tenga el recurrente, abonará al Ayuntamiento de Marbella la totalidad de las cantidades fijadas en la sentencia, en el calendario judicialmente marcado.

En este sentido poner de manifiesto que, “sin duda el importante dato de la asunción íntegra de las importantes responsabilidades civiles que se devuelven, es determinante para conceder el permiso.

En qué medida y en este momento de ejecución de la pena, le afecta al abono de la responsabilidad civil derivada del delito cometido.

Dice el Tribunal Supremo en una jurisprudencia pacífica y muy extensa en cuanto al número (285/2003 de 28 de febrero, de la que transcribimos el párrafo 4º del FD trigésimo tercero, dice:

“Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala lo que pretende esta circunstancia –se refiere a la aplicación por analogía de la atenuante de reparación del daño, recoge, por haberse efectuado el abono de la responsabilidad civil derivada del delito fuera del plazo legal establecido para ello– es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de la víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad’.

Y en el párrafo 5º de ese mismo FD, termina diciendo:

“Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorado la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que como una señal de rehabilitación, pueda acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 2.1.5ª no lo exija”.

Finalmente y una vez más, traemos a colación nuestro propio criterio en la concesión de permisos;

El Auto dictado por la Sección 3ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Huelva de 1 de marzo pasado, Rollo 32/16 revocando un Auto de este Juzgado de 18-09-15 dictado en la Queja 6620/15 establece ya claramente cuál es el criterio a seguir, al disponer: “Concurrentes los requisitos formales u objetivos es objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teológico de que el permiso contribuya, a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación para la vida en libertad”.

Y concluye el antecedente Auto de la Audiencia Provincial de Huelva:

“La Sala estima que se dan los requisitos del artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para la concesión del permiso, pues el recurrente ha cumplido la cuarta parte de la condena, puntúa alto en integración familiar y laboral, su conducta y evolución son muy favorables, el permiso puede servirle como estímulo para su reinserción social”.

Todos estos requisitos concurren en el recurrente.

Finalmente, por otra parte no compartimos la afirmación del Ministerio Fiscal en cuanto al riesgo de fuga y quebrantamiento, al no existir en el expediente dato alguno del que se infiera que existe una probabilidad alta de que el penado vuelva a delinquir, sin que a lo sumo se haya efectuado valoración alguna del riesgo de quebrantamiento, y no existiendo circunstancias peculiares ello permite articular en la concesión del permiso las medidas de seguridad necesarias y tendentes a garantizar el buen uso del mismo.

No hay que olvidar que los permisos de salida forman parte del tratamiento penitenciario y son un importante medio para la reeducación y reinserción de los internos, principios inspiradores de nuestro derecho penal y penitenciario.

Como quiera que haya tomado cuerpo la teoría del respeto a los elementos teleológicos mencionados, comencemos por decir que la teleología es la doctrina de las causas finales, es decir, que el respeto del elemento teleológico es ni más ni menos que el respeto de los fines perseguidos con la concesión de permisos.

La concesión de un permiso en un determinado momento del tratamiento ser la favorable para los fines últimos perseguidos con la privación de libertad, es decir, para la reeducación del interno y su reinserción social, su concesión estaría respetando el elemento teleológico del artículo 47, con independencia del tiempo que falte para cumplir las 1, 2 ó 3 cuartas partes para cumplir su condena y sería precisamente su denegación lo que atentaría de plano con el elemento teleológico del permiso.

Además no compartimos el criterio de los que “entienden que están excluidos de estos beneficios los condenados a penas largas de libertad, y ello no sólo no es así, sino que en esos condenados generalmente muy prisionalizados, la preparación para la libertad ha de ser más paulatina y lenta, y por lo menos, más prolongada o, dicho de otra forma, ha de iniciarse cuando la libertad aún está lejana”.

Se estima el recurso.

Parte dispositiva

En virtud de lo expuesto, la Sala acuerda:

ESTIMAR EL RECURSO de apelación interpuesto en nombre y representación de J.M.N.B., y REVOCAR el auto de fecha 8-6-16, dejándolo sin efecto OTORGANDO A J.M.N.B. UN PERMISO de salida de 6 días de duración con las medidas de control que sean necesarias y las que haya lugar en derecho para la efectividad.

Así por este Auto, del que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, lo mandamos y lo firmamos.

Voto particular, que formula el Ilmo. Sr. F.G.R.Y. conforme a lo dispuesto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 156 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nos permitimos disentir del parecer mayoritario de la Sala en los siguientes términos:

1.- El apelante acababa de cumplir la cuarta parte de la pena impuesta cuando se reunió la Junta de Tratamiento el 11-02-16, momento el cual debe retrotraerse la valoración de la Sala en cuanto a la procedencia de la concesión o revocación del beneficio, así lo viene sistemáticamente declarando, este Tribunal, cfr. por todos auto de 13-04-15 dictado en el rollo de apelación 80/15 en que puede leerse lo siguiente:

“En cuanto a las fechas relevantes del cumplimiento, falta ahora mismo poco más de un año para hacer las 3/4 partes de la pena con fecha 21-04-16, y cerca de dos años y medio para la de licenciamiento definitivo, el 05-09-17.

No obstante, al momento de reunirse la Junta de Tratamiento en octubre pasado compartimos que resultaba algo prematura la concesión puesto que aún no se había cumplido siquiera la mitad de la condena, lo que se produjo el 07-12-14.

Por lo tanto en aquel contexto, resultaba prudente esperar algún tiempo para comprobar la favorable tendencia y la necesaria la condición de factores positivos, todo ello sin perjuicio por supuesto, de que se pueda revalorar nuevamente la situación actual, con buen pronóstico al respecto de seguir la línea de evolución y comportamiento hasta ahora observada, reevaluación que presenta cierto margen temporal, bien que no demasiado amplio, de operatividad habida cuenta de que para el licenciamiento definitivo restan en la actualidad poco más de dos años”.

2.- Además de lo anterior, la definitiva fijación de las fechas relevantes de cumplimiento y licenciamiento se encontraba pendiente de que deviniera firme la sentencia dictada en el procedimiento abreviado seguido en la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª al número 75/11.

Dicha sentencia, que no consta en este rollo que ya ha ganado firmeza, se condena al apelante a una nueva pena de dos años y tres meses de prisión, lo que en cómputo conjunto con la pena que se encontraba

cumpliendo, alejaría la fecha de la cuarta parte de la condena hasta junio de 2010.

3.- Es cierto que también este mismo Tribunal ha establecido en diferentes ocasiones (cfr. Auto dictado el 18-03-16 en el rollo de apelación 44/16) que la mera existencia de responsabilidades pendientes de sustanciación no constituye per se un factor que implique necesariamente la denegación del permiso, pero sí es un elemento trascendente que debe conjugarse con el resto de circunstancias presentes en el caso; puede leerse en el citado auto.

“Los argumentos empleados por la Juez de Vigilancia Penitenciaria para desestimar la concesión del permisos son variados, pero concurre uno de singular importancia cual es la existencia de responsabilidades pendientes. Este dato, que no se contesta propiamente por el apelante, constituye un elemento valorativo capital respecto de la procedencia de la concesión del beneficio realmente cuestionable.

Nos encontramos ante una relativamente condena corta, con una trayectoria penitenciaria irregular por parte del interno pero que precisa, entre otras cosas, profundizar en el tratamiento y acreditar la definitiva superación de la toxicomanía. La existencia de responsabilidades pendientes, por sí sola, del mismo modo que no alcanzaría para decretar la prisión preventiva del interno, tampoco tendría por qué privarle del permiso.

Pero de otro lado, la hipótesis de que incluso ya haya recaído condena en la causa que se cita por la Juez de Vigilancia Penitenciaria, haría realmente inoportuna la concesión del permiso.

En esta tesitura, aun restando un margen no excesivamente amplia para la extinción de la pena inicialmente impuesta, la Sala considera la denegación, ponderando de forma concurrente otros factores...”.

4.- Este Tribunal viene considerando la lejanía de las fechas relevantes de cumplimiento como otro factor valorativo de primer orden respecto de la procedencia del permiso (v. auto dictado el 15-05-05 en rollo de apelación 98/15).

“Como viene reiterando esta Sala, la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena impuesta o del licenciamiento definitivo, no es un dato de carácter o valor absoluto ni que se pueda tomar en consideración de manera aislada.

Es cierto que la Ley Orgánica General Penitenciaria, a este efectos, no recoge expresamente otro parámetro de temporalidad que no sea el tener cumplida la cuarta parte de la pena. No obstante, la lejanía de la fecha de licenciamiento y de aquella en que teóricamente se pudiera alcanzar el tercer grado penitenciario es un elemento de juicio que se debe ponderar en conjunto con el resto de variables y en el contexto concreto de cada interno.

La lejanía opera como factor disuasorio para la concesión del permiso si, estudiada de forma concurrente con otras circunstancias, equivale a un incremento del riesgo de fuga o puede equipararse a una inmadurez en el tratamiento penitenciario, o en definitiva a una falta de garantías de buen uso del permiso.

Así concurre en el presente supuesto, ya que la trayectoria personal del interno, condenado a cinco años y veinticuatro meses de prisión por dos causas de robo, uno de ellos cometido en casa habitada, el prolongado tiempo remanente en prisión en el momento de solicitar el permiso (el 17-10-14 cuando se reunió la Junta de Tratamiento, le faltaba cerca de un año para alcanzar la mitad de la pena impuesta, 20-09-15), junto con la existencia de un procedimiento abreviado dirigido contra el mismo y pendiente de enjuiciamiento (extremo este que no se combate en el recurso), aconseja desestimar la concesión del permiso.

La lejanía en el cumplimiento de determinadas fechas relevantes de la condena no sólo afecta negativamente el riesgo de quebrantamiento sino también a la propia filosofía del sistema. Ya que si el espíritu de los permisos es sobre todo la preparación del interno para la libertad condicional y desde luego para la definitiva libertad, no tiene sentido cuando todavía se halla relativamente lejano aquel momento. Por ello este Tribunal Constitucional, ha entendido valorable como un dato más a estos efectos (Sentencias del Tribunal Supremo 81/1997, 204/1999, 109/2000)”.

5.- En consecuencia, consideramos apropiado, y consistente con la práctica de esta Sala, esperar en este caso a que se resuelva el recurso de casación pendiente ante el Tribunal Supremo a que hemos hecho mención anteriormente y, luego de tener un marco cronológico final de cumplimiento de penas, estudiar la procedencia de la concesión del beneficio valorando entonces los factores concurrentes entre los que destaca, en una vertiente positiva, la asunción de responsabilidades pecuniarias.

92.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 21/11/16

**Estimación de recurso de apelación concediendo un permiso por
conurrencia de factores favorables.**

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 18 de julio de dos mil dieciséis, el Juzgado referido dictó auto, cuya parte dispositiva establece:

«Procede la denegación del permiso de salida solicitado por el interno M.C.C.».

SEGUNDO.- Por la Letrado, en nombre y representación del mencionado interno se interpuso recurso de apelación del que, admitido a trámite, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó escrito de impugnación.

Con posterioridad se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial donde se incoó el correspondiente rollo y, admitidas determinada prueba documental, constando unida a los autos se dio traslado a las partes quedando los autos sobre la mesa, transcurrido el término de alegaciones.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por la Letrado, en nombre del interno M.C.C., se interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 18 de julio pasado, que acordó la denegación del permiso solicitado por el interno que había sido informado favorablemente por la Junta de Tratamiento con fecha 9 de junio de 2016.

Respecto de este mismo interno, en auto de 17 de noviembre de 2016, ya se ha pronunciado la Sala.

Señalábamos que la denegación del permiso al referido interno, condenado por un delito de asesinato y violencia de género, respectivamente, a las penas de diecinueve años y un año y nueve meses de prisión, se fundamenta por el Juzgado de Vigilancia, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, en la lejanía para el cumplimiento de los 3/4 de la pena

que no se producirá hasta el día 19 de julio de 2021 y, en este sentido, efectivamente, el interno cumplió la mitad de la pena el día 13 de mayo de 2016 y la extinguirá el día 23 de septiembre de 2016.

El recurso de apelación alude a la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma y muy especialmente al informe de la Junta de Tratamiento que valora de forma positiva la evolución penitenciaria del interno, hasta el punto de que al mismo se le concedió el permiso por abrumadora mayoría de siete votos a uno, siendo las únicas razones de la denegación la tipología delictiva y la lejanía de las 3/4 partes de cumplimiento de la pena.

El Ministerio Fiscal en sus alegaciones al recurso alude a la necesidad de una mayor evolución en el tratamiento para que el permiso pueda tener incidencia positiva, puesto que el permiso no es un mero derecho del interno sino un instrumento del tratamiento que debe tener en cuenta la situación global penitenciaria y su repercusión para la preparación para la vida en libertad.

SEGUNDO.- Hemos señalado en otras ocasiones similares, por ejemplo auto de 27 de abril de 2016, Rollo 537/16, que el cumplimiento de los requisitos legales mínimos, lo que aquí no se discute en el Auto recurrido, ha de ser complementado con los factores personales del interno que debe ofrecer unas condiciones de seguridad bastantes para descartar riesgos de reincidencia o quebrantamiento, de suerte que no basta con el mero transcurso del plazo en prisión observando un comportamiento correcto desde el punto de vista del cumplimiento de los deberes intrapenitenciarios, sino que se exige la corrección de aquellos factores que determinaron su actividad delictiva.

Esta consideración es fruto de la propia finalidad de reinserción que el artículo 25 de la Constitución establece para la pena privativa de libertad, cuyo mandato lo es desde luego para articular concretamente la política penitenciaria, pero supone, como es lógico, una carga en los internos de contribuir positiva y eficazmente en su labor de recuperación social y resulta evidente que el interno ha consolidado todos los factores positivos que le hacen acreedor al permiso conforme antes hemos expuesto, siendo el único factor negativo en su contra el tiempo de condena que resta por cumplir, elemento que, en esas circunstancias, no puede servir por sí mismo para presuponer un riesgo de quebrantamiento.

La lectura del informe pone de manifiesto la existencia de un nivel de riesgo de reincidencia medio bajo, pues más allá de las variables de entidad

de la conducta y de la inexistencia de anteriores permisos no existen otros factores negativos; que el interno se encuentra en módulo de máxima exigencia con una conducta adaptada, trabaja con responsabilidad y máxima colaboración con todas las tareas asignadas, habiendo realizado diversos cursos formativos con trabajos en relación con la naturaleza próximos a su actividad anterior en labores agrícolas. Consta, igualmente, la superación positiva del programa específico de tratamiento de violencia de género con informe favorable de los terapeutas; es más, pese a las dificultades iniciales ha evolucionado muy positivamente, de forma progresiva debido a su constancia y motivación, ha sido capaz de identificar sus dificultades llegando a asumir su responsabilidad por los hechos; el propio informe, señala que, aunque no puede existir una predicción sobre comportamientos futuros, se ha dotado al interno de herramientas, recursos y mecanismos para evitar conductas similares a las que dieron lugar a su ingreso en prisión; el informe también reseña los signos de arrepentimiento y una vinculación y apoyo exterior muy favorables con madre, hermanos, hasta el punto de que están dispuestos a alquilar una vivienda en Córdoba dada la prohibición de aproximación a Priego de Córdoba y, por último, existen unas ciertas garantías de buen uso del permiso desde el punto y hora en que existe tutela en la institución de acogida, Cáritas.

En el mismo sentido, en un supuesto parecido, hemos expuesto, Rollo 1120/14, auto de 23 de diciembre de 2014 que: “La resolución del Juzgado de Vigilancia rechaza Acuerdo de la Junta de Tratamiento, y considera esencial para la denegación del disfrute del permiso ordinario de salida, la gravedad e incidencia social de los delitos por los que cumple condena, entre los que se encuentra un asesinato.

Sin embargo, el criterio de la lejanía se ha matizado por esta Sala que, si bien considera como un factor negativo principal la entidad de la condena que le resta por cumplir al interno, de modo que esa lejanía como criterio único determinante del riesgo de quebrantamiento empiece a apreciarse en los tres años de distancia para alcanzar el cumplimiento de tres cuartos de la condena y, excepcionalmente dos, cuando concurren especiales circunstancias que aconsejen una mayor evolución del tratamiento penitenciario; también expone que ello, con tener relevancia, no puede tener un carácter absoluto, pues el legislador de manera objetiva sólo exige que se haya cumplido una cuarta parte de la condena, de modo que la evolución favorable que lleva en la normalización de su vida no pueda ser cortada con una

denegación de un permiso, que iría en contra de lo recomendado por los técnicos de la Junta de Tratamiento que, como se razonaba antes, son las personas más idóneas para conocer lo que es mejor en cada momento en el programa de reinserción social del interno.

El informe emitido por los cuatro componentes de la Junta que se muestran conformes con el disfrute del permiso solicitado resulta muy esclarecedor de la evolución del interno, muy favorable en todos los aspectos, hasta el punto de haberse propuesto para un indulto particular. Y lo que realmente mueve a este tribunal a tenerlo en cuenta para modificar su posición anterior es que, pese a que durante más de un año, su excelente comportamiento no le había servido para conseguir siquiera un mínimo permiso de salida, y aunque se observa por los técnicos que sufre un elevado cansancio emocional y psicológico, no por ello ha modificado su actitud, continuando en aquella línea. Si, además, entienden los técnicos que el riesgo de fuga derivado de la lejanía, se atenúa por el arraigo familiar que tiene en el exterior, consideramos que ha llegado el momento, tras más de doce años ingresado en prisión, de que comience una progresiva adaptación a su vida en sociedad, con este primer paso de libertad limitada.

Por lo razonado, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto y conceder al interno un permiso de salida de seis días, en las mismas condiciones en que se proponía por la Junta de Tratamiento”.

Circunstancias similares han de tenerse en cuenta en el presente expediente la Junta de Tratamiento, por una manifiesta mayoría, sólo un voto en contra, pone de manifiesto un significado y consolidado avance en el tratamiento del interno con superación de terapias específicas relacionadas con la delincuencia que determinó su ingreso en prisión y, en esa tesitura, resulta evidente que la concesión del permiso no es ya un mero beneficio penitenciario sino una consolidación de los factores de adaptación a la vida en libertad, libertad definitiva aún lejana, pero que servirá para consolidar y evaluar los propios factores positivos puestos de manifiesto en todos los informes aludidos.

Es cierto que los hechos por los que fue condenado el interno son de especial entidad y que resta un periodo importante de pena por cumplir, pero también lo es que su evolución penitenciaria, cumplida ya más la de la mitad de la pena, casi once años de prisión, es especialmente positiva

con realización de actividades específicas en relación a la problemática delictiva ya superada y laborales de mérito que le sirven como preparación para la vida en libertad.

En todo caso, parece razonable, a la Sala que exista una cierta lejanía temporal respecto del disfrute del primer permiso concedido en el expediente 2530/16, a fin de evaluar convenientemente el buen desarrollo del mismo.

TERCERO.- Por consiguiente, el recurso ha de ser estimado, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de costas.

Parte dispositiva

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por don M.C.C. contra el auto dictado en fecha 18 de julio de 2016 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía, debiéndose en consecuencia revocar dicha resolución, y, por tanto, concederse el permiso ordinario solicitado que se disfrutará bajo las condiciones que estime oportunas el Centro Penitenciario y con una cierta lejanía temporal respecto del disfrute del primer permiso concedido en el expediente 2530/16, a fin de evaluar convenientemente el buen desarrollo del mismo y ello sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

93.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 09/11/16

Admisión de queja por incumplimiento del plazo fijado para estudio de permisos.

Hechos

PRIMERO.- Se ha incoado queja en este Juzgado del interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.M.G., por no pasar a su debido tiempo por junta de tratamiento para estudio de permiso ordinario de salida.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de la misma.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que interesó la desestimación de la queja.

Fundamentos jurídicos

Único.- 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 su estimación a tenor de lo establecido en el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Efectivamente ha quedado acreditado, que el interno fue estudiado por última vez en Junta de Tratamiento de fecha 14 de julio de 2016, la cual denegó el permiso que tenía solicitado, siendo dicha decisión revocada por otra posterior de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 6 de octubre ya que antes, en fecha 4 de julio se había concedido vía queja al penado un permiso ordinario de salida. Con independencia de todo ello, es norma del Centro Penitenciario, proceder al estudio periódico de los internos que así lo soliciten, para pronunciarse sobre permiso ordinario de salida, cada tres meses en aquellos casos en que aún no disfrutaban de permiso y cada dos, en aquellos otros en lo que el interno viene disfrutando ya de permiso ordinario de salida.

En el caso que se analiza, el interno recurrente, que fue estudiado por última vez en Junta de fecha 14 de julio, no volvió a ser estudiado hasta el mes de octubre, so pretexto que no han transcurrido tres meses desde el último estudio y, lo cierto es que solicitado el estudio por el penado, el mismo debía haber sido estudiado en Junta del mes de septiembre ya que, como dijo este juzgado en su auto de fecha 24 de febrero de 2011, sí viene disfrutando de permisos, concedidos por este juzgado por vía de recurso y, al centro penitenciario, no le es dable entender que no viene disfrutando de permisos, haciendo de peor condición al permiso que otorga este juzgado por vía de recurso, que al que aprueba a proposición del mismo centro. Con lo cual, se ha vulnerado la norma que previene su estudio cada dos meses y, en su consecuencia, la queja ha de ser estimada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

DISPONGO

Que estimado la queja presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.M.G., debo acordar y acuerdo librar oficio al Centro Penitenciario, a fin de que tomando en consideración lo expuesto, se respete el tiempo prefijado por el mismo centro para el estudio periódico de los internos en orden a obtener permiso ordinario de salida y se proceda a la inclusión del interno cuando así lo solicite, tomando como periodo de estudio el límite de dos meses mientras continúe en situación de disfrute de permisos.

94.- AUTO 329/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE FECHA 21/11/16

Desestimación de recurso de apelación denegando adopción de medidas de seguridad durante el disfrute de permisos.

I.- Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Mediante Auto de 22 de junio pasado, se dispuso:

“...1.- Desestimar el recurso de reforma interpuesto contra la Providencia de este Juzgado de fecha 27 de mayo de 2016, confirmando la misma en todos sus extremos.

2.- No se admite a trámite el recurso de apelación formulado con carácter subsidiario.”

Frente a la expresada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusadora particular. El Ministerio Fiscal, con fecha 12 de agosto, se ratificó en su informe de fecha 19 de mayo en el sentido de no oponerse a la adopción de medidas complementarias de protección a la víctima durante los permisos de salida del penado. La representación procesal del condenado, impugnó el recurso de apelación.

SEGUNDO.- Enviados los autos a este Tribunal y turnados a la presente Sección, se formó el Rollo de apelación penal 462/2016, habiéndose procedido a la deliberación de resolución del presente recurso.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso, se han observado, las prescripciones legales.

II.- Razonamientos jurídicos

Se aceptan los razonamientos jurídicos del Auto de 22 de junio pasado, que la Sala asume como propios a los efectos de integrar los de la presente resolución.

PRIMERO.- Por la representación procesal de la acusadora particular Doña Manuela, mediante escrito presentado el pasado 10 de mayo, ante la notificación de la concesión de un permiso de salida del Centro Penitenciario de Pamplona para el penado Sr. C., interesó del Juzgado de lo Penal 5 de esta ciudad, que se adoptaran "... las medidas de seguridad adecuadas para garantizar que no se pondrá de nuevo en contacto con las dos víctimas". Justificando tal petición "... dado que se ha dado el primer permiso de salida del Centro penitenciario al penado C., el cual se ha puesto en reiteradas ocasiones en contacto con D^a. C. desde prisión."

El Ministerio Fiscal, en su informe de fecha 19 de mayo, no se opuso a la adopción de las medidas interesadas, concretamente "... la utilización de pulsera electrónica para proteger la integridad física de las víctimas."

La representación procesal del penado en su escrito de 24 de mayo, alegó que procedía desestimar las medidas solicitadas por cuanto que "... resultan injustificadas y excesivas ."

Mediante Providencia de 27 de mayo, se dispuso no haber lugar a lo solicitado por la representación de la acusadora particular en su escrito de 10 de mayo de 2016.

Por dicha representación procesal de D^a. M. se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación frente a la anterior Providencia.

En su escrito y tras alegar lo que estimaba pertinente terminaba suplicando que se dicte resolución en la que se acuerde o bien un traslado del penado a la prisión de Granada o bien que en cada uno de los permisos de

salida de prisión que se le concedan, sean por el tiempo y motivo que sean se adopte una medida de seguridad consistente en una pulsera electrónica que se active cuando Don C. incumpla la distancia de seguridad impuesta.

El Ministerio Fiscal informó en el sentido de ratificarse en lo expuesto en su informe es de 19 de mayo; impugnando el recurso la representación procesal del condenado.

El recurso fue desestimado mediante Auto de 22 de junio pasado, frente al que la representación procesal de la acusadora particular interpone el recurso de apelación que ahora examinamos, basado en seis alegaciones, en virtud de las cuales solicita de este Tribunal que:

“(…) dicte resolución revocando el Auto de 22 de junio de 2016 , y en su lugar se acuerde la adopción de una medida de seguridad consistente en una pulsera electrónica que se active cuando Don C. incumpla la distancia de seguridad impuesta.”

El Ministerio Fiscal, con fecha 12 de agosto, se ratificó en su informe de fecha 19 de mayo en el sentido de no oponerse a la adopción de medidas complementarias de protección a la víctima durante los permisos de salida del penado. La representación procesal del condenado, impugnó el recurso de apelación.

SEGUNDO.- El recurso que examinamos no merece favorable acogida.

Primeramente por una razón de índole procedimental; la petición que se verifica ante este Tribunal es bien distinta a la que motivó el pronunciamiento de la Providencia de 27 de mayo. En efecto, esta decisión constituía la respuesta a una puntual petición realizada por la acusadora particular ante la notificación de la concesión de un permiso de salida del Centro Penitenciario de Pamplona para el penado Sr. C., solicitando que se adoptaran “... las medidas de seguridad adecuadas para garantizar que no se pondrá de nuevo en contacto con las dos víctimas”. No se puede ocultar que lo que ahora se postula a través del recurso de apelación, es de mucho mayor calado que lo solicitado de modo concreto ante una puntual situación –la concesión del primer permiso de salida–.

No cabe ninguna duda de que la colocación de un medio electrónico para el control de la medida de prohibición de acercamiento y comunicación –por cierto establecida en la Sentencia de 12 de febrero de 2015,

exclusivamente con relación a la víctima Señora C. y no para su hija, persona aquí recurrente— supone un notable “plus” de restricción de la libertad personal de quien es afectado por la implantación en su persona del dispositivo en cuestión. Por ello, su colocación tan sólo puede definirse en aquellos casos donde exista una situación objetivamente contrastada que haga necesaria la implementación del dispositivo telemático de control.

Por lo demás, los seis motivos de recurso, no son sino una reproducción de los que ampararon, el recurso de reforma frente a la Providencia de 27 de mayo pasado y que fueron puntual y razonadamente rebatidos en el razonamiento jurídico único del Auto de 22 de junio de 2016, al que nos remitimos con la finalidad de evitar inútiles reiteraciones.

Las peticiones que se formulan con amparo en los motivos primero y quinto, en relación con el régimen penitenciario del Sr. C., no son propias de la ejecución de la sentencia en cuanto a lo que corresponde cumplir al tribunal sentenciador. Así no corresponde al Juzgado de lo Penal decidir la prisión donde debe cumplir la condena, ni, por ende, su traslado a una diferente, como tampoco le corresponde adoptar, ni controlar, las medidas de seguridad que se puedan fijar por la Institución Penitenciaria para el debido desarrollo de los permisos de los que pueda disfrutar.

En cuanto a la solicitud de medidas complementarias de protección que garanticen el cumplimiento efectivo de las medidas acordadas —motivos segundo tercero cuarto y sexto, además de la inevitable objeción de carácter procedimental a la que nos hemos referido previamente—, tenemos que en cualquier caso, no se justifica, más allá de las denuncias —que no tienen otro valor, que el de poder dar inicio a un procedimiento penal— que haya ocurrido ningún suceso nuevo tras el dictado de la Sentencia condenatoria en la que no se impuso medida alguna de control de las prohibiciones de acercamiento, que justifique la adopción de estos medios de control que ahora interesa.

Además de que se interesa que se adopte una medida de control de la pena de alejamiento respecto a una persona —la Sra. C.—, respecto de la cual la recurrente, no ostenta su representación .

TERCERO.- Por los argumentos que acabamos de expresar el recurso de apelación que hemos examinado, ha de ser desestimado, imponiendo a la recurrente las costas procesales causadas en su tramitación —párrafo segundo del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal precepto aplicado por analogía—.

III.- Parte dispositiva

La Sala acuerda DESESTIMAR, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ana Imirizaldu Pandilla, en representación procesal de la acusadora particular Doña M., frente al Auto del pasado 22 de junio, dictado por el Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número 5 de Pamplona/Iruña, en ejecutoria penal / expediente de ejecución núm. 195/2015 y en consecuencia; CONFIRMAMOS, dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

95.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 12/02/16

Denegación de un permiso con objeto de realizar pruebas de inseminación.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, S.J.P., presenta petición a este Juzgado para disfrutar de un permiso el día 15 del presente mes a fin de realizar unas pruebas de inseminación artificial en Navarra.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido que obra en autos

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo, según dispone el 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 tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

SEGUNDO.- El interno formula petición a este Juzgado para disfrutar de un permiso el día 15 del presente mes a fin de realizar unas pruebas de inseminación artificial en Navarra, alegando que ya ha disfrutado de un permiso de salida ordinario y que al pasar por Junta en fecha 28-01-16, si le deniegan el permiso no le va a dar tiempo a que esté resuelto el recurso para la fecha en la que quiere salir.

Con independencia de que el interno haya disfrutado previamente de un permiso de salida ordinario, es preciso que, si lo estima oportuno, vuelva a presentar recurso contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento que le deniega la salida de permiso a fin de que este Juzgado vuelva a pronunciarse, sin que sea procedente prescindir del trámite legalmente previsto independientemente de la razón alegada.

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

Parte dispositiva

Se DESESTIMA la petición formulada por S.J.P., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

96.- AUTO 843/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS DE FECHA 16/12/16

Denegación por concurrencia de circunstancias desfavorables.

Hechos

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias, con fecha 21-11-16, en su PDE nº 340/16 se dictó Auto desestimatorio del recurso de reforma contra Auto de 28-10-16 acordando desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento de 4-5-16 denegando el permiso de salida.

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

TERCERO.- Remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se formó Rollo de Apelación nº 1281/16, pasando para resolver al Ponente, que expresa el parecer de la Sala.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- El Tribunal Constitucional, en sentencia dictada por su Sala 2ª el día 16 junio 2003, venía a decir: “Es obligado señalar, ante todo, que la posibilidad de conceder dichos permisos se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es 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, FJ 7), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución Española no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes; menos aun 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 dichos permisos. Hemos afirmado además que “la 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 (Sentencias del Tribunal Constitucional 75/1998 y 88/1998)”, de modo que “todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, 2/1997, 81/1997, 193/1997 y 75/1998 ; y Auto del Tribunal Constitucional 311/1997)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, y, en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000, de 5 de mayo, FJ 3). Afirma la

precitada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, FJ 3, recogiendo la doctrina ya expresada anteriormente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997, de 22 de abril, lo siguiente: “En efecto, la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos, y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, pues, ante todo de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión”. También hemos llamado la atención, en relación con todo ello, sobre las cautelas que deben observarse, 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 7 de junio, FJ 3, y, en igual sentido, entre otras, las ya citadas Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1997, de 22 de abril, 204/1994, de 11 de julio, y 137/2000, de 29 de mayo). La ausencia de automatismo en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su Reglamento aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicables en el presente caso. En sus arts. 47.2 y 154, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Así, el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria prescribe que “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”. Este precepto, desarrollado en los arts. 154 y ss del Reglamento Penitenciario, se recoge en iguales términos en el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario. Por su parte, el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario establece 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”.

Pues bien, de acuerdo con la indicada doctrina que acabamos de exponer, compartimos el contenido de la resolución judicial que es objeto de recurso.

En el caso que nos ocupa, en el interno concurren los requisitos objetivos: tiene cumplida, en efecto, la cuarta parte de la condena, está clasificado en segundo grado, no le constan sanciones vigentes, desempeña destino de Auxiliar de Comedor y es usuario de práctica físico-deportiva y en su situación socio-familiar no se detectan carencias o problemas que pudieran dificultar el normal desarrollo de los permisos de salida.

Sin embargo, no cabe olvidar la importancia del elemento teleológico de preparación de la vida en libertad que cumple el permiso, debiendo ponderarse en su conjunto otra serie de factores concurrentes que pueden no hacer aconsejable el mismo por no mostrarse oportuna su concesión, pues ciertamente podría repercutir desfavorablemente en el tratamiento penitenciario.

El penado está cumpliendo pena de 12 años, 22 meses y 32 días (por delitos contra la salud pública, lesiones y conducción temeraria entre otros, con el uso en algunos de ellos de violencia grave con objetos peligrosos, cuya mitad cumplirá el 23 de agosto de 2017, las tres cuartas partes el 11 de febrero de 2021 y que quedará extinguida el 2 de agosto de 2024, y consta en la documentación obrante en autos una “valoración de riesgo de quebrantamiento” del 80% –Bastante-muy elevado– por factores tales como la politoxicomanía desde su adolescencia, con intentos fracasados de deshabitación y nulo esfuerzo por superarla, relevante tanto en la comisión como en la gravedad de los delitos cometidos, escasa formación académica y sin cualificación ni hábitos laborales, estilo compulsivo asociado al consumo de drogas que bloquean sus recursos personales de afrontamiento de situaciones conflictivas, tendencia a las sensaciones y situaciones de riesgo y, por último, irregular evolución penitenciaria, habiendo sido expulsado del Módulo de Respeto.

Desde luego que no puede olvidarse que los permisos tienden a mantener la necesaria conexión del interno con la sociedad y la familia, pero su concesión solamente es procedente cuando existan unas ciertas garantías de que la salida va estar encaminada a ese fin y que el interno lo va a cumplir.

Claro que nunca se podrá tener la certeza de si el citado hará o no hará buen uso del permiso, pero en el ámbito de las intenciones y voluntades en que es necesario moverse al resolver determinadas cuestiones penitenciarias, han de ponderarse las circunstancias del penado para poder llegar a un juicio de probabilidades sobre cual pueda ser su comportamiento fuera de la prisión, lo que en el presente no aparece con un aspecto positivo.

Además no debe olvidarse que el fin de la pena no es exclusivamente la reeducación y reinserción de los internos, sino que la pena lleva en sí otros fines paralelos a saber la prevención general y especial de los delitos.

Por todo ello se comparte el criterio de la Juez a quo y del Ministerio Fiscal, en el sentido de que no es oportuno la concesión del permiso, por lo que es procedente la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Procediendo la desestimación del recurso interpuesto, se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Parte dispositiva

La Sala ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por F. contra el Auto de fecha 21 de noviembre de 2016 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Único de Asturias, que desestimaba el recurso de reforma formulado contra el Auto de 28 de octubre de 2016, que a su vez rechazaba el recurso contra el Acuerdo de 11 de mayo de 2016 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Villabona en la que se le denegaba el permiso ordinario de salida solicitado, ratificándose las referidas

resoluciones en todos sus pronunciamientos, y ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida.

97.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 07/06/16

Desestimación de recurso de apelación, denegando permiso por concurrencia de importantes factores desfavorables.

Antecedentes de hecho

1.- El pasado 30/03/2016, en el expediente reseñado relativo al interno J.D.O., fue dictado auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el que se desestimaba el recurso contra el acuerdo de la junta de tratamiento de fecha 15/10/15, denegatorio del permiso ordinario de salida solicitado.

2.- Por el letrado, en nombre y representación del interno, se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien impugnó el recurso.

3.- Seguidamente fueron 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.

Fundamentos de Derecho

1.- Sostiene el recurrente en sus alegaciones en que cumple los requisitos establecidos en el artículo 47.2 de la Ley General Penitenciaria y en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario al encontrarse en segundo grado y haber cumplido, una cuarta parte de la condena, lo que determinaría la obligación legal de conceder el permiso solicitado. No es así. Como ya se

razonó en la resolución recurrida, no basta con el cumplimiento de dichos requisitos, pues es también preciso que el permiso se considere adecuado en el proceso de reinserción social y para el cumplimiento de las demás finalidades de la pena. Por este motivo el artículo 156 del Reglamento Penitenciario impone un análisis de la conducta del penado para determinar la utilidad del permiso, el riesgo de la perpetración de nuevos delitos y las posibilidades de quebrantamiento de la condena. Y son los equipos de tratamiento y la Junta de Tratamiento los encargados de efectuar esta valoración y explicitar las razones que han determinado su decisión a efectos de su control y con la finalidad de evitar la arbitrariedad.

La Junta de Tratamiento debe hacer un diagnóstico sobre la utilidad del permiso y su buen uso que debe partir de datos objetivos. Así lo hizo en este caso y se mostró contraria a la concesión del permiso solicitado. Obviamente se trata de la opinión de los técnicos más cercanos al interno que conocen su evolución y trayectoria y cuya experiencia debe tenerse en cuenta, como razonó el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y exige el artículo 160 del Reglamento Penitenciario.

2.- Las razones de la denegación no son meras conjeturas carentes de cualquier base objetiva y razonable. Se valoró la naturaleza del delito cometido, su gravedad, el tiempo que le quedaba de cumplimiento de la pena impuesta para, partiendo de todos estos datos, determinar las posibilidades de quebrantamiento de la condena y la utilidad del permiso a los fines de reinserción propios de la pena.

Y su análisis es razonable, porque la gravedad del delito y la duración de la pena que aún le resta por cumplir (más de la mitad cuando solicitó el permiso) pueden justificar, teniendo en cuenta los anteriores datos, un mayor riesgo de quebrantamiento; la lejanía del total cumplimiento es también un factor valorable para analizar las posibilidades de quebrantamiento y si el permiso es útil para su reinserción; y los encargados de su tratamiento siguen apreciando un riesgo significativo de reincidencia y no aprecian elementos que les hagan pensar que va a hacer un buen uso del permiso.

No existen por lo tanto razones para modificar el criterio mantenido por la Junta de Tratamiento y confirmado por el Juez de Vigilancia, en cuanto que la decisión de quienes se ocupan de su tratamiento no es manifiesta-

mente errónea y se encuentra dentro de los límites normales de apreciación a la vista de los hechos y de la trayectoria del penado.

Todo ello conlleva la desestimación del recurso.

En atención a todo lo expuesto.

Parte dispositiva

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la defensa de J.D.O. contra el auto de fecha 30/03/2016, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el expediente 830/13-02.

98.- AUTO 633/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA DE FECHA 12/12/16

Desestimación de recurso de apelación por concurrir circunstancias desfavorables.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En el expediente nº 2892/16 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 7 de Andalucía con sede en Almería, se dictó auto con fecha 22/09/16, acordando no autorizar el permiso de salida ordinario concedido al interno P., por acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de El Acebuche de fecha 28/07/16.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución, por el interno indicado se interpuso recurso de reforma siendo desestimado por Auto de 18/10/16, interponiéndose contra el mismo recurso de apelación que fue admitido y tramitado conforme a lo prevenido en la ley.

Por el Ministerio Fiscal se interesó la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- Seguidamente fueron elevadas las actuaciones a esta Sala, donde sé incoó el correspondiente rollo, registrado al nº 819/16, se turnó de ponencia y tras la deliberación se declaró el recurso visto y concluso.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El recurrente mantiene en su recurso que reúne todos los requisitos que la legislación penitenciaria establece para la concesión de permisos de salida ordinarios, por lo que solicita la revocación del auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y que se dicte otro que otorgue el permiso solicitado y que en un principio fue concedido por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería.

SEGUNDO.- Este Tribunal viene manteniendo reiteradamente, en consonancia con la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene establecida, que la posibilidad de conceder permisos de salida a los condenados que cumplen prisión en Centros Penitenciarios, se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española), al contribuir a la “corrección y readaptación del penado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero , FJ 7), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque 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; menos aun 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 dichos permisos (Sentencia del Tribunal Constitucional 16 de junio de 2003).

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, establece que la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de permisos ordinarios de salida y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, ante todo, de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica General

Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión”. Sin embargo, la concesión de dichos permisos no debe ser automática, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, por cuanto ello no es suficiente dado 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 7 de junio, y, en igual sentido, entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1997, de 22 de abril, 204/1994, de 11 de julio, y 137/2000, de 29 de mayo).

Esa ausencia de automatismo en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su Reglamento aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicables en el presente caso. En sus artículos 47.2 y 154, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Así, concretamente, para su concesión es necesario la concurrencia de dos requisitos mínimos, aunque no suficientes y que son; uno, haber extinguido la cuarta parte de la condena y otro, no observar mala conducta además de estar clasificado en segundo grado de tratamiento; a estos requisitos, el Reglamento Penitenciario añade otros que así mismo, han de ser tenidos en cuenta para la concesión de permisos de salida y que son; la probabilidad de quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos y la repercusión del permiso de salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, de tal manera que si el informe sobre este particular es negativo, no procederá la concesión del permiso.

TERCERO.- De acuerdo con la indicada doctrina a que acabamos de exponer, no cabe entender que la resolución judicial que es objeto de recurso no sea acorde a Derecho ya que, sin olvidar la importancia del elemento teleológico de preparación de la vida en libertad que cumple el permiso, deben ponderarse una serie de factores concurrentes que pueden hacer aconsejable la denegación del mismo por no mostrarse oportuna su concesión, supuesto que es el caso.

La Sala tiene presente el buen comportamiento del interno recurrente y sus avances en el Centro Penitenciario en los programas de violencia de género a los que está sometido con resultado positivo, pero también tiene presente y debe valorar una serie de circunstancias que concurren en el caso que examinamos. En primer lugar debe ser valorada la gravedad de los hechos ocurridos, difíciles de no tener en cuenta a la hora de la concesión de un permiso de salida. El interno fue condenado por delitos de agresión sexual, amenazas, lesiones, malos tratos y violencia de género habitual sobre la persona de su pareja sentimental. En segundo lugar debe ser valorado el elevado riesgo de quebrantamiento de la condena impuesta que alcanza un 50% según la información remitida, debido a ser reincidente y por la ausencia de permisos anteriores. Otra circunstancia a tener en cuenta es la de la duración de la pena impuesta, que dejará extinguida el día 06/01/22, siendo preciso tomar en consideración el tiempo que aún resta de cumplimiento, lo que determina que el fin teleológico del permiso quede sin el contenido que persigue el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; y, por tanto, en momento no idóneo para la preparación para la vida en libertad, como ya expusimos en nuestros anteriores autos dimanantes de los Rollos de Apelación número 573/16, 516/16 y 384/16 en los que igualmente se recurría la decisión de no concesión de permiso ordinario para la preparación de la vida en libertad. Motivos que suponen que en esa concreta situación sea totalmente desaconsejable la concesión de permiso lo que determina la desestimación del recurso interpuesto en cuanto el Auto apelado se muestra totalmente ajustado y acorde a Derecho, tomando en consideración los argumentos antes expuestos y aceptando a tales efectos los propios de la resolución combatida.

En consecuencia el recurso se desestima.

CUARTO.- Procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por P., contra el Auto dictado, por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº Siete de Andalucía, con sede en

Almería, con fecha 22/09/16 y CONFIRMAR dicha resolución en todos sus extremos.

Se declaran de oficio las costas de la alzada.

99.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA NUMERO 2 DE FECHA 22/01/16

Denegación por concurrencia de importantes factores desfavorables.

Antecedentes de hecho

Primero.- Con fecha 12 de enero de 2016 tuvo entrada en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Aragón escrito a través del cual el interno R.G.F. presenta queja por denegación del permiso solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Zaragoza en sesión de fecha 17 de diciembre de 2015.

Segundo.- Incoado el presente procedimiento se trajo a las actuaciones testimonio de la resolución dictada en anterior expediente de permisos del interno y se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe quien interesó la desestimación de la queja y la denegación del permiso de salida solicitado.

Fundamentos de Derecho

Primero.- Con carácter general, al amparo de lo dispuesto en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario:

1.- Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

2.- Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente.

3.- Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo 155 del Reglamento Penitenciario.

Y, con arreglo al artículo 156 del Reglamento Penitenciario:

1.- 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.

2.- El Equipo Técnico establecerá, en su informe, las condiciones y controles que se deban observar, en su caso, durante el disfrute del permiso de salida, cuyo cumplimiento será valorado para la concesión de nuevos permisos.

Segundo.- En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que el interno se encuentra clasificado en el segundo grado penitenciario, que cumplió la mitad de su condena el 21 de diciembre de 2012, que su conducta se ajusta a la normativa regimental, desempeña una actividad laboral en el departamento de cocina y cuenta con el apoyo de su hermano en el exterior, sin embargo, habiendo sido condenado por la comisión de sendos delitos de la gravedad del asesinato y allanamiento de morada a penas principales que suman veinte años y siete meses de prisión (entidad de los delitos que la doctrina permite sopesar: al respecto, sendos Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015), debe ponderarse –como por mayoría acordó la Junta de Tratamiento– que, en función de lo entidad de la condena, que no la extinguirá hasta el 3 de abril de 2023 (en este capítulo, por todos, los Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de marzo de 2014, 10 de noviembre de 2015, 1 de diciembre de 2015 y 7 de enero de 2016 reiteran que la lejanía en el cumplimiento de las fechas de cumplimiento de las tres cuartas partes y la extinción de

la condena es determinante para denegar el permiso), a la gravedad de los hechos y la lejanía en el cumplimiento de las penas se unen que existe un reconocimiento formal pero sin elaboración cognitiva (escasa empatía y mínima asunción de responsabilidad) que se traduce en el pago ínfimo de la responsabilidad civil pese a que actualmente desarrolla una actividad laboral remunerada en el centro, además de que subyace una problemática derivada del consumo de estupefacientes que no es percibida por el preso con riesgo de recaída pese a que, con arreglo al Informe Social, no ha realizado programa alguno de deshabitación, esto es, no se reúnen suficientes garantías de que vaya a hacer un buen uso del beneficio sino que existe un significativo riesgo de reincidencia y no reingreso, de manera que se considera prematuro concederle el permiso de salida solicitado, debiendo consolidar los factores positivos de su evolución penitenciaria.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

DISPONGO

Que, desestimando como desestimo la queja planteada por el interno R.G.F., debo ratificar y ratifico el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Zuera (Zaragoza) de 17 de diciembre de 2015.

100.- SENTENCIA 541/2016 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 17/06/16

Recurso para unificación de doctrina que reconoce que en caso de suspensión de un permiso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene también capacidad de revocarlo.

I. Antecedentes

Primero.- Por auto de fecha 29 de mayo de 2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid, se dejó sin efecto el permiso aprobado por otro de 25 de febrero de 2015 a la interna, por haber sido sancionada por la comisión de una falta grave del Reglamento Penitenciario.

Segundo.- Admitido en un solo efecto el recurso de apelación contra esta resolución, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de fecha 5 de octubre de 2015 resolviendo dicho recurso, en cuya parte dispositiva acordó: “DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la interna, confirmando el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Madrid, sin especial imposición de las costas de este recurso”.

Tercero.- Notificado dicho Auto, se preparó recurso de casación por la representación de la interna que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso para unificación de doctrina interpuesto por la recurrente se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 848, 855 y 859 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 157 del Reglamento Penitenciario, por entender contradictorio el auto recurrido con la resolución de contraste aportada.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la desestimación del mismo por las razones expuestas en su escrito de fecha 24 de febrero de 2016; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de junio de 2016.

II. Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La representación procesal de la penada formaliza un solo motivo en su recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria.

1. Alega, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el error padecido en el Auto recurrido, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 5 de octubre de 2015, al dejar sin efecto y revocar un permiso concedido tras variar las circunstancias que motivaron

su concesión, denunciando la incorrecta aplicación del artículo 157 del Reglamento Penitenciario, en contraposición a dos Autos dictados, respectivamente, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Segunda) núm. 667/2011 de 17 noviembre y por la Audiencia Provincial de Sevilla, núm. 752/2009 de 13 de noviembre.

2. Recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 105/2016, de 18 de febrero que en el Acuerdo Plenario de 22 de julio de 2004, se señalaron como requisitos del recurso de unificación de doctrina en materia penitenciaria –cuyas decisiones en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada– los siguientes:

- a) la identidad del supuesto legal de hecho.
- b) la identidad de la norma jurídica aplicada.
- c) la contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma.
- d) la relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

Desde el punto de vista de su naturaleza y finalidad, la Sala Segunda precisa que a) no es una tercera instancia; b) han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo; c) no cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Su finalidad, continúa sintetizando la Sentencia del Tribunal Supremo 105/2016, con cita a su vez de las Sentencias del Tribunal Supremo 748/2006, 12 de junio y 1097/2004, 30 de septiembre, es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Al decidir este recurso de unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no tiene necesariamente que optar por una u otra doctrina legal aplicada por los órganos jurisdiccionales en conflicto, sino que puede resolver también la controversia mediante una tercera interpretación que tenga por procedente, indicando que ésta es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable.

En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia.

El resultado será la unificación de tal doctrina, que es el objeto del recurso y la misión de esta Sala al resolverlo. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal. De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Únicamente son admisibles los motivos por infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción de doctrina entre distintas Audiencias Provinciales (en su caso, también con la Audiencia Nacional). La resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia (Sentencia del Tribunal Supremo 167/2013, de 28 de febrero).

De igual modo la Sentencia del Tribunal Supremo 42/2016, de 3 de febrero, en apretada pero ilustrativa síntesis, recapitula las características de este recurso de casación: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso. Y desde el plano negativo, nunca podrá

convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal “a quo”, ni pueden finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

SEGUNDO.- En autos, el hecho que refiere la parte recurrente es que a la penada se le concedió permiso de 4 días por Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid de 25 de febrero de 2015. Por Acuerdo sancionador de 22 de abril de 2015 se le impuso sanción por falta grave del artículo 109.b del RD 1201/1981 consistente en privación de permisos durante 60 días. El Director del Centro Penitenciario, en fecha 18 de mayo de 2015, comunicó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la suspensión provisional del permiso al amparo del artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario y propuso su revocación. El permiso fue dejado sin efecto por Auto del referido Juzgado de 29 de mayo de 2015 al amparo del artículo 157 del Reglamento Penitenciario, sin especificar cuál de sus incisos. Dicha decisión, recurrida por la interna, ha sido confirmada en apelación por el auto de la Audiencia Provincial de Madrid ahora recurrido.

2. El referido artículo 157 del Reglamento Penitenciario, que tiene por rúbrica suspensión y revocación de permisos de salida, tiene el siguiente contenido, donde hemos enfatizado las locuciones más relevantes para resolver la cuestión que se suscita:

1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que di-

chas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios.

3. La Audiencia Provincial de Madrid, en la resolución recurrida, indica que el artículo 157 no impide que el Juzgado pueda revocar y dejar sin efecto el permiso cuando hayan variado las circunstancias que propiciaron su concesión, sólo establece que la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, como así ha sido, debiendo comunicarlo a la Autoridad, en este caso la Judicial que había utilizado el permiso para que resuelva lo que proceda, que en este caso ha sido dejarlo sin efecto (revocarlo en definitiva), sin que esta decisión pueda estar limitada por los términos de la solicitud del Centro, sino por las circunstancias concurrentes en cada caso.

El recurrente por su parte, entiende que tal doctrina no es correcta e invoca diversas resoluciones de contraste: Autos 667/2011, de 17 de noviembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra; 752/2009, de 13 de noviembre, de la Audiencia Provincial Sevilla; y 545/2005, de 24 de marzo, 425/2005, de 21 de marzo y 60/2004, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, donde se concluye que la revocación del permiso es únicamente posible en los supuestos del nº 2 del artículo 157, es decir fuga y comisión de delito durante el disfrute del permiso, pues en los demás casos el permiso puede ser provisionalmente suspendido, que no revocado, y será disfrutado una vez se retorne a las circunstancias que motivaron su concesión.

Argumenta que la sanción disciplinaria recaída en el caso fue el de privar de permisos durante 60 días, de modo que transcurrido ese período y el correspondiente plazo de cancelación correspondiente, el permiso concedido debería poder ser disfrutado, pues en otro caso, mediante la revocación se está imponiendo una sanción, al dejar sin efecto el permiso, que ni es imponible ni ha sido impuesta por la Comisión Disciplinaria.

En resumen, concluye que el artículo 157 reserva la revocación de los permisos a los supuestos de fuga o comisión de un nuevo delito durante el disfrute del permiso, conforme a las previsiones del artículo 157 apartado 2, pero no en los casos del apartado 1, que tratan de circunstancias que acontecen antes del disfrute del permiso, donde solamente se contemplan la suspensión provisional y no la revocación.

TERCERO.- De los antecedentes expuestos, hemos de concluir que efectivamente estamos ante identidad del supuesto legal de hecho, identidad de la norma jurídica aplicada, contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma y relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida, que integran un supuesto de doctrina legal que ha de ser unificada por esta Sala.

Si bien, al igual que el Ministerio Fiscal, en su clarificador informe, entendemos que la interpretación dada por el Auto recurrido de la Audiencia Provincial de Madrid es la correcta.

La diversidad de ámbitos donde opera la norma es el criterio determinante de su contenido.

La sanción en autos efectivamente se ciñe al no disfrute en los siguientes sesenta días de permisos de salida; pero ahí se agota su sentido afflictivo.

Pero en la ejecución del tratamiento individualizado, una vez que han sido conocidos por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, los hechos que generan la sanción y el acuerdo y contenido de esta, tiene lógica trascendencia a efectos de valorar por dicho Juzgado el concreto contenido del tratamiento penitenciario, dado que refleja una conducta que por infringir la norma ha de valorarse negativamente, en cuanto indica la involución en el tratamiento y cuestiona su capacidad para disfrutar del permiso por ausencia de respeto a las normas. No en vano, los permisos de salida, pese a su ubicación sistemática comparten fines regimentales y tratamentales. Destaca, el Ministerio Fiscal, que en autos, el permiso se había concedido bajo la condición de que antes (y también después) del mismo la interna se sometiera a los análisis de consumo de droga.

Desde la propia concepción dinámica del régimen tratamental, cuando el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario, establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial “para que resuelva lo que proceda”, debe entenderse que entre las facultades del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no sólo está ratificar o no la suspensión, sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute, como sucede en autos al incumplirse la condición establecida.

En la norma, el objeto específico de la comunicación, es la suspensión del permiso, no la sanción; y qué debe hacerse con el referido permiso, es la cuestión que se somete a la autoridad judicial. Tiene escaso sentido y resulta escasamente congruente con el tratamiento individualizado, que tras sanciones de dos meses sin disfrutar permiso y eventualmente en caso de concurso de cuatro o seis meses, o incluso plazos superiores por eventuales regresiones de grado o cómputo del tiempo de cancelación, en la interpretación que defiende el recurrente, se levantara ope legis la suspensión sin posibilidad de atender a la persistencia o por contra a una significativa alteración de las condiciones y situación de su concesión.

En definitiva, mientras que en los supuestos del artículo 157.2, la revocación es automática, en el caso del artículo 157.1, dependerá de la consecuencia que los nuevos hechos, deban conllevar en su régimen tratamental, en la ponderación que realice al efecto el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Las sucesivas decisiones del Director del establecimiento y del Juez de Vigilancia, se insertan en una eficaz y rápida coordinación entre los ámbitos de régimen y tratamiento.

CUARTO.- En su consecuencia, esta Sala debe unificar la discrepancia en el sentido de entender correcto el criterio mantenido por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de 5 de octubre de 2015, dictado en su recurso de apelación 3582/2015.

III. Fallo

Declaramos en el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de la interna contra auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 5 de octubre de 2015, que procede unificar la discrepancia en el sentido de considerar correcto el criterio mantenido por el referido Auto dictado en su recurso de apelación 3582/2015, y en consecuencia declaramos que:

Cuando el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario, establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial “para que resuelva lo que proceda”, debe entenderse que entre las facultades del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no sólo está

ratificar o no la suspensión, sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute.

101.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA DE FECHA 21/03/16

Suspensión alzada por hechos ajenos a la responsabilidad del interno.

Hechos

I).- Por auto de fecha 25/02/16 le fue concedido por este Juzgado al interno J.J.C.A., del Centro Penitenciario de Picassent, un permiso de salida ordinario de 18 días de duración acordado en la Junta de Tratamiento de fecha 28/01/16.

II).- Remitidos los oportunos testimonios al Centro para cumplimiento de lo acordado en dicho auto, participa la Dirección del Centro que se procede a la suspensión provisional de los permisos autorizados al citado interno por la siguiente razón: “El referido interno tuvo suspendidos los permisos ordinarios de salida durante tres meses por positivo a cocaína al regreso de un permiso. El pasado día 17 de Febrero, en el paquete que introducía su madre se le intervinieron sustancias tóxicas dirigidas al interno”.

III).- Conferido traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, por el mismo se informa: “Evacuado el traslado conferido en el presente expediente y examinado el contenido del mismo, interesa la suspensión provisional del permiso concedido”.

Razonamientos jurídicos

I) Habiendo acordado el Centro la suspensión provisional del permiso en cumplimiento de lo establecido en el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario y examinados los motivos o razones que se aducen, en concreto la intervención de sustancias tóxicas en el paquete que el 17 de febrero

introducía la madre del interno, procede alzar la suspensión provisional acordada y estar a lo establecido en el auto de fecha 25.02.2016 por el que se concedía el permiso, dado que no es el propio interno quien incurre en la conducta de intentar introducir ninguna sustancia.

Vistos, los artículos citados y demás de aplicación,

DISPONGO

Alzar la suspensión del permiso de 18 días, concedido al interno J.J.C.A. por el auto indicado en el primero de los antecedentes de esta resolución, debiendo estarse a lo establecido en dicho auto.

102.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 18/01/16

Deja sin efecto la suspensión acordada por iniciación de expediente de expulsión.

Hechos

PRIMERO: Que por auto de fecha 9-12-15 de este Juzgado se autorizó la concesión de un permiso ordinario de salida de 3 días de duración.

SEGUNDO: Que en fecha 5-01-15 se recibió en este Juzgado resolución de la Dirección del Centro Penitenciario de Huelva en la que se acordaba suspender provisionalmente el disfrute del referido permiso, por circunstancia sobrevenida como es incoación de expediente administrativo de expulsión.

TERCERO: Remitido el expediente al Ministerio Fiscal, informó en el sentido de “Visto y conforme suspensión”.

Razonamientos jurídicos

Único: Que de lo actuado se desprende que el interno J.K.H. tiene pendiente de disfrute un permiso de 3 días de duración por auto de este Juzgado de fecha 9-12-15 que ha sido suspendido por acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario de 23-12-15; sin embargo, hay que tener en cuenta que el interno reside en España desde hace años, siendo de nacionalidad

polaca y ha disfrutado de un permiso anterior sin incidencias, pudiendo ejercer, en su caso, los derechos de recurso frente a la resolución que se adopte en el expediente de expulsión, procediendo en consecuencia dejar sin efecto la suspensión provisional del permiso acordada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

Parte dispositiva

S.S^a DISPONE: Que procede dejar sin efecto la suspensión del permiso autorizado por auto de fecha 9-12-15 de este Juzgado al interno J.K.H, acordada por resolución de la Dirección del Centro Penitenciario de fecha 23-12-15 y en consecuencia autorizar el disfrute del mismo al interno, en expediente de Queja por Denegación de Permiso número 8351/15.

103.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 23/11/15

Permiso extraordinario para renovar el pasaporte.

Antecedentes de hecho

Único. - Mediante Auto de 22 de octubre de 2015 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Córdoba se desestimó un recurso de queja interpuesto por la interna S.Z. contra el Acuerdo de Fecha 7-5-2015 de la Junta de Tratamiento de la Prisión de Córdoba, que denegó la propuesta de un permiso extraordinario de salida.

La representación de ésta interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, interesando se revocase y se le concediese ese permiso extraordinario de salida.

En el trámite de alegaciones del recurso de apelación, el Ministerio Fiscal presentó escrito impugnando el recurso e interesando la confirmación del Auto.

Fundamentos de Derecho

Único.- El objeto de este recurso es la pretensión de una interna penitenciaria de que se le conceda un permiso extraordinario de salida con el fin de proceder a la renovación de su pasaporte; solicitud que había efectuado en fecha 27 de abril de 2015.

La queja planteada carecía de sentido, por cuanto la cita en la Subdelegación de Gobierno estaba concertada para el día veinte de mayo y ya el escrito que da inicio a este expediente se presenta el día veintiocho.

No obstante, aunque carezca de objeto este recurso, y en la medida en que puede volver a plantearse el mismo problema, nos encontramos ante una cuestión que entendemos para la interna tiene gran trascendencia, de modo que la Administración Penitenciaria debe proveer lo necesario para que pueda resolverla, bien dentro del propio centro o bien mediante su traslado custodiada a la oficina donde ha de renovar su pasaporte. En el supuesto de que ninguna de las dos alternativas resulte factible, entendemos incardinable el supuesto en esas causas extraordinarias previstas en el artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

LA SALA ACUERDA: No ha lugar a entrar en el fondo del recurso interpuesto por carencia de objeto; sin hacer declaración expresa sobre sus costas.

104.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 22/06/16

Denegación de permiso extraordinario para comparecer en una mesa electoral.

Hechos

PRIMERO.- El interno en el Centro Penitenciario de Soria, J.B.L.C., solicita permiso extraordinario para comparecer el próximo 26 de junio, en la mesa electoral del municipio de Ausejo de la Sierra, al haber sido designado primer suplente del segundo vocal.

SEGUNDO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, ha emitido informe en el día de la fecha, el sentido de interesar la desestimación del recurso presentado al no estar los motivos alegados por el interno entre los contemplados en el art. 155 del Reglamento Penitenciario.

Fundamento de Derecho

PRIMERO.- El artículo 155.1 del Reglamento Penitenciario establece que “En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan”.

SEGUNDO.- En el presente caso, el interno solicita el permiso para comparecer el próximo 26 de junio en la mesa electoral del municipio de Ausejo de la Sierra, el haber sido designado primer suplente del segundo vocal.

El recurso presentado no puede prosperar considerando que el motivo alegado no está incluido en el artículo 155.1 del Reglamento Penitenciario, ni puede considerarse de análoga naturaleza a los contemplados en el mismo. Argumento al que se une la interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria realizada por la Junta Electoral Central en Instrucción 6/2011 de 28 de abril, cuyo punto segundo, apartado sexto, expresamente contempla el internamiento en Centro Penitenciario como causa que justifica que el miembro designado de una mesa electoral sea relevado del desempeño de su cargo.

En consecuencia, visto el artículo citado y demás de general y pertinente aplicación

Parte dispositiva

Se acuerda DESESTIMAR la solicitud de permiso extraordinario presentada J.B.L.C. por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

CAPÍTULO XI

PRISIÓN PROVISIONAL

105.- SENTENCIA 48/2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 14/03/16

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad personal, admitiendo el doble cómputo de prisión hasta entrada en vigor de la L.O. 5/2010.

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 415-2014, promovido por don C.P.S., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Águeda María Meseguer Guillén, bajo la dirección de la Letrada doña María Yolanda Martín López, contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, por el que acuerda no haber lugar a la admisión del recurso de casación núm. 10823-2013 interpuesto contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de mayo de 2013, dictado en la ejecutoria núm. 71-2011, en que se acuerda denegar la revisión de la liquidación de la condena y el abono de cierto periodo de prisión preventiva. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1.- La Procuradora de los Tribunales doña Águeda María Meseguer Guillén, en nombre y representación de don C.P.S., y bajo la dirección de la Letrada doña María Yolanda Martín López, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia, mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de fe-

brero de 2014, tras haberse verificado el nombramiento de profesionales del turno de oficio solicitado por el recurrente mediante escrito registrado en este Tribunal el 23 de enero de 2014.

2.- El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, por Auto de 9 de mayo de 2013, dictado en la ejecutoria núm. 71-2011, acordó denegar al recurrente la revisión de la liquidación de su condena practicada el 22 de julio de 2011 y el abono del periodo de prisión preventiva sufrido entre el 24 de abril de 2009 y el 8 de julio de 2011 en esa misma causa.

En el Auto se establece como hechos que en la causa de referencia se había dictado Sentencia de 6 de junio de 2011 condenando al recurrente a una pena de prisión de cinco años y seis meses, ordenándose su ejecución el 8 de julio de 2011. El recurrente había estado en situación de prisión preventiva en esa causa desde el 20 de abril de 2009 hasta el 8 de julio de 2011, practicándose una liquidación en que se le abonaron cuatro días de prisión preventiva –del 20 al 23 de abril de 2009–, habida cuenta de que desde el 24 de abril de 2009 al 6 de mayo de 2011 estaba cumpliendo una pena de dos años de prisión y quince días de responsabilidad personal subsidiaria en la ejecutoria núm. 1482-2008 del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Valencia y a partir del 7 de mayo de 2011 comenzó el cumplimiento de una pena de un año y once meses de prisión en la ejecutoria núm. 932 2008 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Valencia, que tenía prevista la extinción el 31 de marzo de 2013.

El Auto expone que procede denegar la petición de revisión formulada por el penado «porque de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Supremo, no cabe aplicarle la doctrina del Tribunal Constitucional del doble cómputo del tiempo de privación de libertad como preventivo y como penado, ni siquiera hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, como interesaba el Ministerio Fiscal». A esos efectos, se expone, que de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo 265/2012, de 3 de abril, la nueva redacción dada al artículo 58.1 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en que se establece que «en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado a más de una causa», afecta a las sentencias dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, lo que es el caso ya que la sentencia a ejecutar es de 6 de junio de 2011, por lo que «no es posible proceder al abono que se interesa ni siquiera con

relación al período de preventiva anterior a la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica (el 23-12-2010)».

b) El demandante de amparo, por escrito registrado el 7 de octubre de 2013, interpuso recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tramitado con el núm. 10823-2013, alegando indebida aplicación del artículo 58.1 del Código penal, en la redacción previa a la dada por la Ley Orgánica 5/2010, así como infracción del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por no haberse hecho aplicación del artículo 58.1 del Código Penal en la interpretación dada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, lo que daría lugar a una vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la aplicación retroactiva de una norma peyorativa que supone un alargamiento de la situación de privación de libertad.

c) El recurso de casación fue inadmitido por Auto de 5 de diciembre de 2013, argumentando que, de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la norma sobre el abono de la prisión provisional afecta a una cuestión de ejecución por lo que ha de aplicarse la concreta previsión legal vigente al momento de verificarse las operaciones correspondientes a la ejecución. Ello determina que en este caso, al haberse dictado la Sentencia que se pretende ejecutar el 6 de junio de 2011, la redacción del artículo 58.1 del Código Penal aplicable es la vigente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 y no la previa que fue interpretada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008.

3.- El recurrente alega que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), al haberse alargado ilegítimamente una situación de privación de libertad por la negativa a abonar para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la causa el tiempo de prisión preventiva sufrido como consecuencia de la medida cautelar adoptada en ese mismo procedimiento que se simultaneó con la condición de penado en otras causas –desde el 24 de abril de 2009 hasta el 8 de julio de 2011–, en virtud de la aplicación retroactiva del artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, que resulta contraria a la jurisprudencia constitucional establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril.

El recurrente justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en que las resoluciones judiciales se apartan de la jurisprudencia constitucional en la materia, a cuya sujeción viene obligada por el artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial. Igualmente, se afirma que se trata de un supuesto novedoso ya que el Tribunal Constitucional no ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de los límites a la aplicación temporal de la redacción dada al artículo 58.1 del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010.

4.- La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 2 de febrero de 2015, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir a los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo.

5.- La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 11 de marzo de 2015, acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones y dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente por un plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6.- El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 30 de abril de 2015, interesa que se otorgue el amparo, se declare vulnerado el derecho a la libertad (artículo 17. 1 de la Constitución Española) del demandante, se anulen las resoluciones judiciales impugnadas y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al Auto por la Audiencia Provincial para que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho a la libertad del demandante.

El Ministerio Fiscal argumenta que el artículo 58 del Código Penal no puede ser conceptualizado como una norma meramente de ejecución de las penas porque con su aplicación se puede reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado y, por tanto, determinadas interpretaciones pueden suponer un alargamiento ilegítimo de la situación de privación de libertad. En relación con ello, afirma que en el presente caso el demandante estuvo en prisión preventiva durante un periodo de tiempo en que estaba en vigor la regulación precedente sobre la materia, que interpretada conforme a una

consolidada doctrina del Tribunal Constitucional conllevaba la obligación de un doble cómputo de la situación de privación de libertad, cuando se simultaneaban las condiciones de penado y preso preventivo, lo que suponía una efectiva reducción de la condena privativa de libertad a extinguir. Igualmente, el Ministerio Fiscal dice que, frente a la interpretación sustentada por las resoluciones judiciales impugnadas, caben otras interpretaciones sobre el momento en que la nueva regulación de la materia debería ser aplicable, concluyendo que la interpretación realizada, fuertemente restrictiva del derecho a la libertad del demandante, carece de sustrato normativo sólido y determina la aplicabilidad del llamado sistema de doble cómputo derivado de la regulación del artículo 58.1 previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 a partir de un elemento completamente ajeno a dicha institución, cual es el momento de enjuiciamiento y firmeza de las sentencias, que puede variar según la sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales o por causas ajenas al comportamiento de los condenados.

El Ministerio Fiscal, por último, sostiene que tampoco las resoluciones impugnadas se acomodan a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el efecto de las modificaciones legislativas de normas procesales que afectan de manera peyorativa a la libertad, afirmando que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente en el caso de la prisión provisional, estableciendo que la elección de la ley aplicable debe hacerse de la manera más favorable al derecho fundamental a la libertad y, por tanto, acudiendo a la ley anterior más beneficiosa (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1987, de 12 de marzo), considerando aplicable el artículo 9.3 de la Constitución Española a las normas procesales en la Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1985 de 18 de julio.

7.- El recurrente, en escrito registrado el 7 de abril de 2015, presentó sus alegaciones, ratificándose en su escrito de demanda.

8.- Por providencia de 10 de marzo de 2016 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1.- El objeto de este recurso de amparo es determinar si vulnera el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del

recurrente la decisión judicial de no computar el tiempo simultáneamente cumplido en la condición de preso preventivo y penado para determinar el periodo de cumplimiento efectivo de la condena impuesta. La decisión judicial se funda en el argumento de que, tratándose de la ejecución de una Sentencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el precepto aplicable es el artículo 58.1 del Código Penal en la redacción dada por la citada Ley Orgánica 5/2010, que impide el doble cómputo.

2.- La demanda fue admitida a trámite, junto con otros recursos que planteaban la misma cuestión, por considerar que tenía especial trascendencia constitucional al suscitar un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)], ya que no existía ningún pronunciamiento de este Tribunal sobre la eventual afectación que sobre el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) podría tener la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo consistente en aplicar la nueva redacción dada al artículo 58.1 del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 a supuestos en que se había simultaneado la condición de preso preventivo y penado bajo la vigencia de la redacción dada con anterioridad al artículo 58.1 del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuya interpretación conforme con el artículo 17.1 de la Constitución Española había sido establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril.

3.- La cuestión suscitada en este recurso de amparo ha sido objeto de reciente pronunciamiento en la Sentencia del Tribunal Constitucional 261/2015, de 14 de diciembre, a cuya fundamentación es preciso remitirse.

Resumidamente, en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 261/2015 se ha establecido que la posibilidad de aplicar el doble cómputo en los supuestos en que se simultanea la condición de preso preventivo y de penado a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 se genera momento a momento, de modo que (i) la modificación legislativa operada en el artículo 58.1 del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 para prohibir el doble cómputo no puede desconocer los beneficios del doble abono ya generados en periodos de tiempo en que no estaba vigente y a los que resulta aplicable la interpreta-

ción del artículo 58.1 del Código Penal sustentada en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008; pero (ii) la aplicación de la norma derogada no puede tener un aplicación hacia el futuro para situaciones de simultaneidad que todavía no se han producido cuando la redacción de dicho precepto ya prohíbe esa práctica. Por tanto, se concluye que la interpretación judicial según la cual no resulta procedente el abono del periodo o fracción del tiempo en que se ha cumplido simultáneamente la medida cautelar de prisión preventiva y la pena de prisión bajo la vigencia de la redacción del artículo 58.1 del Código Penal previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 no resulta respetuosa del derecho fundamental a la libertad personal que reconoce el artículo 17.1 de la Constitución Española. Sólo a partir de la fecha de entrada en vigor de la redacción dada al artículo 58 del Código Penal por la citada Ley Orgánica 5/2010 resulta aplicable la nueva redacción que prohíbe el doble abono; manteniéndose en cuanto al tramo anterior el criterio interpretativo sentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 para la redacción del artículo 58.1 del Código Penal previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010.

4.- En el presente caso, tal como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, han quedado acreditados los siguientes extremos: (i) el recurrente había solicitado el abono de la totalidad del periodo de tiempo en que había simultaneado la condición de preso preventivo y penado en la causa de referencia, esto es, desde el 24 de abril de 2009 hasta el 8 de julio de 2011, considerando aplicable a todo ese periodo la interpretación que se había realizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 del artículo 58.1 del Código Penal en la redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010; y (ii) las resoluciones judiciales impugnadas denegaron el abono de cualquier momento de ese periodo con el argumento de que la sentencia que debía ejecutarse se había pronunciado con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción dada al artículo 58 por la Ley Orgánica 57/2008, que ya prohibía ese doble abono.

Pues bien, de conformidad con la jurisprudencia constitucional establecida en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 261/2015, hay que concluir que el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente ha resultado vulnerado por las resoluciones judiciales que aplican el artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, a todo el periodo de cumplimiento simultáneo

de la medida cautelar de prisión preventiva y de la pena de prisión. Una decisión judicial respetuosa con el derecho a la libertad del recurrente impone que, de acuerdo con el criterio del Tribunal, en relación con el periodo de tiempo de cumplimiento simultáneo producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, sea aplicado el artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción previa a la operada por la citada Ley Orgánica 5/2010, conforme a la interpretación efectuada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008.

Por tanto, debe otorgarse el amparo solicitado, con reconocimiento de que se ha vulnerado el derecho a la libertad del recurrente, para cuyo restablecimiento es preciso anular las resoluciones judiciales impugnadas con retroacción de actuaciones para que haya un nuevo pronunciamiento judicial respetuoso con el derecho fundamental vulnerado.

Fallo

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don C. P. S. y, en su virtud:

1.- Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española).

2.- Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de mayo de 2013, dictado en la ejecutoria núm. 71-2011, y del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, dictado en el recurso de casación núm. 10823-2013.

3.- Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

106.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 07/03/16

Estimación de recurso de apelación admitiendo el doble cómputo de prisión preventiva y penada.

Hechos

PRIMERO.- Por autos de fecha 23-07-15 y 24-09-15 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid, se acordó denegar al penado A.L.C.B., el doble cómputo de la condena y la prisión provisional simultáneamente sufridas.

SEGUNDO.- Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra estas resoluciones y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló día para deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- En auto nº S7S/2016 de 19 de febrero (Rollo 6106/2015) el Tribunal decía lo siguiente:

“HECHOS

PRIMERO.- Por autos de fecha 30-07-15 y 16-09-15 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Badajoz, se acordó el archivo de las presentes actuaciones seguidas con ocasión de la petición de doble cómputo de una condena y una prisión provisional por parte de A.L.C.B.

SEGUNDO.- Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra estas resoluciones y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló día para deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones de las partes: quedando el recurso visto para resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Debe estimarse el recurso.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Badajoz archiva las actuaciones en cuanto que afirma que el problema planteado ya ha sido resuelto (en sentido desestimatorio y en la ejecutoria nº 2497/2003 por el auto de 18 de junio de 2015) del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 4 de Madrid.

El archivo es correcto pero el razonamiento no lo es. En realidad, examinada la totalidad de las actuaciones es cierto que el problema ya había sido resuelto pero no por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Ejecuciones de Madrid, sino por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid. que, dando por hecho lo natural, esto es, que la pena se aplica a la ejecutoria en que se ha impuesto, acordó el doble cómputo de la misma en lo que dicho cumplimiento coincidió con la prisión provisional acordada por dicha Sección 4ª. Y así acordó en su auto de 29 de febrero de 2012 complementado y aclarado por el de 8 de septiembre de 2015 que el tiempo en el que el ahora apelante estaba cumpliendo condena en la ejecutoria 278/2002 del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 12 de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 295/1999 del Juzgado de lo Penal nº 26 de Madrid se aplicara también a la ejecutoria penal 31/2006 de dicha Sección 4ª de la Audiencia Provincial, estableciendo como periodo de coincidencia de las condiciones del penado y preso preventivo el comprendido entre el 20 de junio de 2004 y el 9 de febrero de 2006, y de hecho acordó practicar nueva liquidación de condena en la ejecutoria 31/2006 computando ese período de prisión preventiva, pese a partir de la base de que no podía dejar de computarse en la causa por la que estaba penado.

Lo que ahora se pretende es que la Sección 4ª al hacer aquello dejó sin efecto el tiempo entre el 20 de junio de 2004 y el 9 de febrero de 2006 en la ejecutoria 278/2002, lo cual es absurdo, supone ignorar que la resolución de la Sección 4ª analiza el doble cómputo para decidir que debe aplicarse, y conlleva la sinrazón de que no sólo se ignora la doctrina del Tribunal Constitucional, vinculante siempre, y aplicable hasta que se modificó el Código Penal por L.O. 5/2010, sino también de aplicación preferente de una permanencia en prisión a la causa por la que se está en prisión preventiva antes que a la causa por la que se está extinguiendo condena. Lo excepcional del doble cómputo no era decir que, cuando se cumple condena, se cumple condena, cosa innecesaria de decir, sino extender el tiempo transcurrido en la condición de penado

y preso preventivo a esta segunda situación además de a la primera, no en vez de ella.

En consecuencia ese tiempo transcurrido entre el 20 de junio de 2004 y el 9 de febrero de 2006 deberá aplicarse tanto a la ejecutoria 31/2006 de la Sección 4ª de este Tribunal como a la ejecutoria 278/2012 del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 12 de Madrid. En este sentido se estimará el recurso.

En cuanto a la aplicación a otras ejecutorias 55/2003 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Ávila y 2497/2003 del Juzgado de Ejecuciones Penales de Madrid, el Tribunal carece de datos para decidir. En una de ellas ha resuelto el citado Juzgado nº 4 de lo Penal y se ignora si su resolución desestimatoria (que ha dado base al archivo del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Extremadura) ha sido o no recurrida. En este punto no puede estimarse el recurso sin perjuicio de que el penado pueda reproducir sus pretensiones ante los tribunales sentenciadores.

SEGUNDO.- De conformidad con el sentido de esta resolución se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

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

En atención a todo lo expuesto LA SALA DISPONE:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por A.L.C.B., revocamos los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 1 de Badajoz en el sentido indicado; con declaración de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente recurso.

Comuníquese esta resolución al Juzgado de procedencia del recurso y al Ministerio Fiscal; llévase testimonio de esta resolución al Rollo de Sala.

Así por este nuestro auto lo acordamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDO.- El Tribunal estimará el recurso, a los solos efectos de no crear confusión, en el sentido de ratificar lo acordado en la parte dispositiva del citado auto.

TERCERO.- El Tribunal ignora si el penado pretende que, además de a la ejecutoria 278/2002, se aplique el cómputo a las ejecutorias 55/2003 y

2497/2003 antes citadas, o es una mera reproducción de la petición de que se aplique a alguna de ellas.

Aplicado a las ejecutorias 278/2002 y 31/2006, no puede aplicarse a las demás. Ello es así porque cabe que una pena y una prisión provisional coincidan en el tiempo, pero el cumplimiento de varias penas de privación de libertad nunca puede coincidir en el tiempo pues se cumplen una tras otra (artículo 75 del Código Penal).

Aparentemente entre el 20 de junio de 2004 y el 9 de febrero de 2006 el penado estaba cumpliendo la condena correspondiente a la ejecutoria 278/2002 (tres años y seis meses de prisión), a la que seguiría la ejecutoria 55/2003 (tres años de prisión) y finalmente la ejecutoria 2497/2003 (1 año y 10 meses de prisión), salvo que en razón de causas que el Tribunal no puede conocer (Vgr. una larguísima prisión provisional en la primera causa) se hubiera iniciado el cumplimiento de la segunda (la ejecutoria 55/2003) antes del 9 de febrero de 2006: En principio ello es absolutamente improbable y debe desestimarse por ello en este punto el recurso. Pero sin cualidad de cosa juzgada, de forma que si el período de prisión comprendido entre el 20 de junio de 2004 y el 9 de febrero de 2006 no es de íntegra aplicación a la ejecutoria 278/2002, el penado podrá pedir que se aplique en el período sobrante a la ejecutoria 55/2003.

CUARTO.- De conformidad con el sentido de esta resolución se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

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

En atención a todo lo expuesto LA SALA DISPONE:

1º ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por A.L.C.B., en los términos del razonamiento jurídico segundo de esta resolución.

2º DESESTIMAR el recurso en los términos que se recogen en el razonamiento jurídico tercero de esta resolución; con declaración de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente recurso.

107.- AUTO 643/2016 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 4ª DE FECHA 11/11/16

Desestimación de recurso de apelación respecto a la solicitud de libertad provisional.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación del investigado Ángel, se presentó el día 19-9-2016 escrito, de la misma fecha, interponiendo recurso de apelación contra el auto dictado el día 12-9-2016 por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 en las Diligencias Previas nº 31/15, que acordó denegar la solicitud de libertad provisional formulada en escrito fechado el día 6 del mismo mes y año, ratificando la situación personal de prisión provisional, comunicada y sin fianza, del referido, que data del 17-2-2016. A través del recurso, se solicita la revocación de aquel auto y su nulidad por no estar suficientemente motivado, así como que se acceda a la modificación de aquella situación personal, acordando la libertad provisional del interesado.

De dicho escrito se acordó el día 26-9-2016 dar traslado al Ministerio Fiscal, que en informe presentado el día 30-9-2016, fechado un día antes, se opuso a la estimación del recurso.

Finalmente, el día 7-10-2016 se acordó remitir las actuaciones testimoniadas a esta Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a los efectos de resolución del recurso pendiente.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones testimoniadas el día 13-10-2016, se formó el rollo nº 573/16, en el que se acordó señalar, después de la instrucción a las partes, para la celebración de la correspondiente vista solicitada, el día 8-11-2016. En dicho acto, el Abogado del apelante, D. Daniel, solicitó la estimación del recurso formulado, añadiendo que de modo subsidiario solicitaba la imposición de cualquier medida complementaria, menos afflictiva que la actual, que garantice la sujeción del recurrente al procedimiento. En cambio, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª Esther González Martínez, interesó la desestimación del recurso, quedando entonces el procedimiento pendiente de la correspondiente decisión.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Impugna la representación procesal del investigado Á. la decisión del Instructor acerca del mantenimiento de su situación personal de prisión provisional, comunicada y sin fianza, acordada el día 17-2-2016, porque está en desacuerdo con la viabilidad actual de la medida cautelar de orden personal aplicada, por cuanto considera que no se dan los factores de excepcionalidad y proporcionalidad que la hacen necesaria en el presente momento procesal, aparte de que la existencia de otras medidas cautelares menos restrictivas de derechos, debe conducir a la libertad provisional del interesado.

Alega la parte apelante, en su escrito de recurso y en la vista celebrada a su instancia, que el mantenimiento de la medida de prisión preventiva no encuentra justificación con el argumento referido al peligro de fuga del interesado y al riesgo de destrucción de pruebas, toda vez que goza de arraigo personal y familiar en nuestro país y a medida que ha transcurrido la tramitación de la instrucción se ha ido rebajando la intensidad de los indicios de actuación presuntamente delictiva que sobre el interesado recaían.

En los siguiente cuatro pilares básicos se asienta la pretensión impugnatoria formulada:

En primer lugar, se alega que la resolución combatida adolece de nulidad, ante la ausencia de la mínima motivación exigible, pues se omite la exigible ponderación de las circunstancias objetivas y personales expresadas para pedir la libertad del recurrente.

En segundo lugar, no concurre peligro de fuga en el apelante, quien desde mediados de febrero del corriente año lleva privado de libertad, sin que exista acreditación de irregularidades en el flujo dinerario procedente de las empresas relacionadas con Vitaldent dirigido a Luxemburgo, pues allí tienen domicilio varias empresas del grupo, creadas con ocasión de la reestructuración societaria que tuvo lugar en el grupo de empresas investigado, En este plano objetivo, la parte recurrente niega que su patrocinado haya cometido delito alguno, aunque admitiendo que haya podido perpetrar alguna irregularidad por ausencia de declaración de los supuestos ingresos en efectivo obtenidos de algunas clínicas franquiciadas. Pero muchos de los ejercicios fiscales podrían estar prescritos, y en relación a los

restantes periodos impositivos, no están concretadas las respectivas cuotas defraudadas.

En tercer lugar, en el plano subjetivo, se reitera que el apelante es de nacionalidad española y goza de arraigo en España, adonde llegó hace casi treinta años desde Uruguay, siendo nacional español desde hace más de diez años, viviendo aquí con su familia y desarrollando en nuestro país toda su trayectoria personal y profesional. Precisamente se alega que la actividad profesional del recurrente ha estado centrada en Vitaldent desde su creación, no teniendo otra actividad en el extranjero distinta de la de Vitaldent, y dicha actividad está intervenida por el Juzgado.

Y en cuarto lugar, la parte apelante critica que se tenga en cuenta por el Instructor para fundamentar la denegación de la libertad de su patrocinado el riesgo de fuga y el peligro de destrucción de evidencias, cuando se fundamenta la denegación de la libertad provisional en datos que se hallan bajo el secreto de la causa, ocultándose con ello a la parte recurrente, lo que le produce manifiesta indefensión, por inaplicación del artículo 505.3 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Riesgos que en cualquier caso resultan inexistentes, pues una vez practicadas las entradas y registros, tanto de los domicilios sociales de las empresas como de la vivienda de recurrente, toda la documentación relevante para el esclarecimiento de los hechos están en poder del Juzgado, que la tiene “monitorizada”, en expresión utilizada en la vista del recurso. Todo ello reforzado porque recientemente el recurrente se ha visto obligado a vender a un inversor privado el negocio de Vitaldent en su integridad (con todas las clínicas y toda la actividad), para garantizar la continuidad de la actividad y asegurar los puestos de trabajo.

Por lo que, descartados los riesgos cuya prevención justifican la prisión provisional, debe modificarse la situación personal del recurrente, bien declarando la nulidad del auto combatido, bien revocando dicha resolución, acordando la libertad provisional del apelante, con el establecimiento de otras medidas menos afflictivas que igualmente cumplan el designio de garantizar la presencia y sujeción del interesado al procedimiento penal.

SEGUNDO.- Al respecto, conviene tener presente que la doctrina del Tribunal Constitucional, proclamada en su sentencia de 18-6-2001, viene a incidir en que la constitucionalidad de la prisión preventiva exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Es necesario que su configuración y

aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de comisión de la acción delictiva y que su objeto sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida; en concreto, se ha señalado que los riesgos a prevención son la sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal y la reiteración delictiva (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 207/2000, de 24 de julio). Y b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada, y para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en conflicto (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado, y la realización de la administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro), no pudiendo ser arbitraria dicha ponderación, en el sentido de que resulte acorde con los fines que justifican la prisión provisional (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 47/2000, de 17 de febrero). Entre los criterios que el Tribunal Constitucional ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran: en primer lugar, las características y la gravedad del delito atribuido y de la pena con que se amenaza, y en segundo lugar, las circunstancias concretas y personales del imputado, siendo relevante a estos efectos el momento procesal en el que la medida se adopta.

Debe asimismo traerse a colación lo que establece la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18-6-2007 sobre la materia debatida, en apoyo de la decisión combatida. Indica, entre otros extremos, la última resolución reseñada las siguientes consideraciones: A) La prisión provisional es una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva); y como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines. B) Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse a través de una resolución judicial motivada; motivación que ha de ser suficiente y razonable, entendiendo por tal no la

que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado, y la realización de la administración de la justicia penal, por otro), a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional; para ello, obviamente, la resolución judicial ha de expresar cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido. C) En relación con la constatación del peligro de fuga, han de tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, puesto que si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional pueden justificar que se adopte atendiendo sólo a circunstancias objetivas, como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato en la ponderación y obliga a tomar en consideración las circunstancias personales del sujeto privado de libertad y los datos del caso concreto; así, es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfiliación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga; sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que se acaban de indicar, no sólo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque el argumento del peligro de fuga se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso. Y D) La falta de motivación de la resolución judicial afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el artículo 17 de la Constitución; los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva; una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación no sólo colme

el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión; por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde la perspectiva del deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad.

Todas estas directrices jurisprudenciales han quedado plasmadas en la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión preventiva. Del análisis de los artículos 502 y 503 de la referida Ley Procesal Penal se deduce que concurren en el caso que se investiga todos los requisitos exigibles para mantener la medida cautelar de prisión provisional adoptada por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, que no adolece de inmotivación sino que cumple adecuada y suficientemente el requisito previsto en el artículo 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de la desafortunada mención a la supuesta nacionalidad italiana del apelante.

TERCERO.- En efecto, de la lectura de las actuaciones testimoniadas remitidas se infiere la adecuada, cabal y ponderada aplicación que de dichos preceptos legales efectúa el Magistrado Instructor, en evitación del claro riesgo de fuga y de destrucción de fuentes de prueba que supondría la puesta en libertad provisional, con o sin fianza u otras medidas cautelares menos gravosas que la actual, del recurrente.

Ello acaece porque de las diligencias de investigación practicadas (especialmente de las intervenciones telefónicas autorizadas, de las vigilancias efectuadas y de los registros acordados) aparecen contra el misino graves indicios de posible participación en hechos supuestamente constitutivos de varios delitos de índole patrimonial, perpetrados en un ámbito de opacidad empresarial diseñado para evitar injerencias externas. Los tipos penales afectados son: el delito contra la Hacienda del artículo 305 del Código Penal, en el subtipo agravado por razón de la cuantía defraudada y la utilización de personas interpuestas; el delito continuado de blanqueo de capitales perpetrado en el seno de una organización delictiva en la que el recurrente aparece como máximo responsable, previsto en los artículos 301 y 302 del Código Penal; el delito de falsedad documental,

de los artículos 390.1.1 ° y 392 del Código Penal; el delito de falsedad documental, previsto en los artículos 390 y 392 del Código Penal; el delito de estafa o apropiación indebida, de los artículos 248, 249 y 250 del Código Penal; el delito contable, previsto en el artículo 310 del Código Penal, y el delito de participación en organización criminal, previsto en el artículo 570 bis del Código Penal. Todos ellos castigados con sustanciales penas privativas de libertad.

Ello se deriva de resultar el apelante provisionalmente implicado en las actividades de afloramiento de dinero en efectivo obtenido de los franquiciados, que luego eran llevados al extranjero para ser legitimado en el entramado de empresas creadas para este fin, resultando imprescindible desarrollar conductas paralelas falsarias en el campo comercial y en el ámbito contable.

La alegación de la parte recurrente sobre disminución de la relevancia indiciaria dirigida contra su patrocinado, no ha podido quedar constata-da. Como tampoco es prosperable su alegación acerca de concurrencia de contradicción judicial, por fundamentar la denegación de la libertad en la declaración de secreto de las actuaciones. Por lo demás, la exigencia legal de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del imputado, según proclama el artículo 505.3 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se encuentra con el valladar consistente en la declaración del secreto parcial de las actuaciones, cuya viabilidad y eficacia quedaría mermada del todo si la causa quedara a disposición del Letrado del privado de libertad.

En relación a las circunstancias personales del recurrente, no podemos obviar su arraigo personal, familiar y social en nuestro país, del que también él es nacional. Pero ello no puede determinar automáticamente su puesta en libertad, ya que reiteramos que las investigaciones siguen desarrollándose, una parte de las cuales está declarada secreta, y subsisten los peligros de sustracción a la acción de los Tribunales y de destrucción o alteración de las fuentes de prueba, ante el grave panorama penal al que presuntamente se enfrente el interesado y las conexiones empresariales que tiene en el exterior.

El grado de participación y la intensidad del conocimiento del apelante sobre los pormenores de los actos presuntamente delictivos cometidos, se

irán consolidando o no en momentos ulteriores de la investigación judicial que se está llevando a efecto.

Por lo pronto, las graves responsabilidades penales, todavía en el orden indiciarlo, y los supuestos contactos del interesado con personas que pudieran facilitar su sustracción a la acción de los Tribunales, acrecientan el riesgo de fuga del apelante, que no se enerva por los factores de arraigo personal y familiar que ha invocado y acreditado, consistentes en tener domicilio conocido, donde vive con su esposa e hijos, ostentar la nacionalidad española y carecer de antecedentes penales.

Además, los riesgos de sustracción a la acción de los órganos judiciales y de obstrucción de la justicia penal, en su día argumentados motivadamente por el Instructor, no se disipan mediante la imposición de medidas cautelares menos afflictivas que las actualmente vigentes, que son las únicas posibles en este momento procesal para garantizar la presencia y disposición del interesado ante los órganos judiciales.

CUARTO.- En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación planteado, con declaración de oficio de las costas procesales generadas en esta segunda instancia.

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

Parte dispositiva

EL TRIBUNAL ACUERDA: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del investigado Á. contra el auto dictado el día 12 de septiembre de 2016 por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 en las Diligencias Previas nº 31/16, que acordó denegar la solicitud de libertad provisional formulada en escrito fechado el día 6 del mismo mes y año, ratificando la situación personal de prisión provisional, comunicada y sin fianza, del referido, que data del 17 de febrero de 2016.

Por lo que confirmamos íntegramente la referida resolución, con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

108.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 16/02/16

Se admite la demanda de indemnización por prisión preventiva tras absolución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima las demandas presentadas por un ciudadano británico y un ciudadano argentino contra el Reino de España, presentadas respectivamente el 18-08-2011 y el 13-05-2012, por el rechazo de las autoridades internas a concederles indemnización por el tiempo pasado en prisión preventiva pese a haber sido absueltos de los hechos delictivos que se les imputaba. Violación existente del art. 6.2 del Convenio.

En el asunto Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) constituido en una Sala compuesta por los siguientes Jueces Helena Jäderblom, Presidenta, Luis López Guerra, George Nicolaou, Helen Keller, Johannes Silvis, Branko Lubarda, Pere Pastor Vilanova, así como Stephen Phillips, Secretario de Sección,

Tras haber deliberado en privado el 26 de enero de 2016,

Dicta la siguiente,

SENTENCIA

Procedimiento

1.- El asunto tiene su origen en dos demandas (núms. 53465/11 y 9634/12) dirigidas contra el Reino de España, que un ciudadano británico, el señor C.M.V.B. (“el primer demandante”), y un ciudadano argentino, el señor C.M.L. (“el segundo demandante”) presentan ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1999, 1190, 1572) el 18 de agosto de 2011 y el 13 de mayo de 2012 respectivamente).

2.- Los demandantes están representados respectivamente por el señor G. Boye, abogado ejerciendo en Madrid y el señor Sin Utrilla, abogado en Barcelona.

El gobierno español está representado por sus agentes, los señores F. de A. Sanz Gandasegui y R.-A. León Cavero, abogados del Estado.

3.- Los demandantes alegan el rechazo de las autoridades al pago de una indemnización por los perjuicios que dicen haber sufrido a causa de su prisión preventiva. Invocan el artículo 6.2 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572).

4.- La queja relativa al principio de presunción de inocencia fue comunicada al Gobierno el 11 de julio de 2012 para la segunda demanda y el 18 de diciembre de 2013 para la primera demanda. La demanda núm. 53465/11, del primer demandante fue declarada inadmisibile para el resto.

5.- El Gobierno británico, al que se dio traslado de una copia de la demanda núm. 53465/11 en virtud del artículo 44.1ª) del Reglamento del Tribunal desistió de intervenir.

Hechos

I.- Circunstancias del asunto

6.- Los demandantes ingresaron en prisión preventiva a causa de diversos delitos.

A.- Demanda núm. 53465/11

7.- El 16 de febrero de 2005, el primer demandante, residente en Francia en la época en causa, fue detenido y arrestado por la policía francesa en aplicación de una euroorden dictada por España por los delitos de tráfico de estupefacientes y blanqueo de dinero. El 8 de marzo de 2005 el demandante fue trasladado a España e ingresó en prisión preventiva.

8.- El 6 de julio de 2005 fue puesto en libertad bajo fianza.

9.- El 29 de mayo de 2006, la Audiencia Nacional absolvió al demandante de todos los cargos.

10.- El 30 de abril de 2007, el demandante presentó una reclamación ante el Ministerio de Justicia al objeto de obtener una indemnización por daños y perjuicios. En concreto, solicitaba una indemnización por el perjuicio sufrido por el hecho de haber permanecido ciento treinta y nueve días en prisión preventiva.

11.- Por una decisión de 28 de mayo de 2008, a continuación de los informes de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia en fecha 27 de marzo de 2008 y del Consejo de Estado en fecha 17 de abril de 2008, el Ministro de Justicia desestimó la reclamación del demandante. Consideró que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece el derecho a indemnización para las personas absueltas después de haber sufrido prisión preventiva, no era de aplicación al presente asunto. Señaló en concreto, que el demandante no había sido absuelto en base a pruebas absolutorias que confirmaran su inocencia sino por ausencia de suficientes pruebas que demostraran su participación en los hechos imputados.

12.- El 16 de octubre de 2008, el demandante presentó un recurso contencioso-administrativo contra la decisión ministerial ante la Audiencia Nacional, que rechazó el recurso por sentencia de 28 de septiembre de 2009. La Audiencia Nacional recordó la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo sobre el artículo 294, según la cual la indemnización por prisión preventiva solo podía concederse en caso de inexistencia objetiva o subjetiva del hecho imputado. En virtud de esta jurisprudencia, para establecer la inexistencia subjetiva, es necesario tener la certeza en cuanto a la ausencia de la participación del demandante en los hechos en causa. En el presente asunto, la Audiencia Nacional señaló que el asunto ante ella se refería a un caso típico de falta de pruebas y que el demandante no cumplía los criterios del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13.- El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, invocando una mala interpretación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El recurso fue declarado inadmisibile como carente de fundamentación el 29 de abril de 2010.

14.- El 2 de junio de 2010, el demandante presentó una demanda de nulidad del procedimiento ante el Tribunal Supremo que fue desestimada en fecha 23 de septiembre de 2010.

15.- El 5 de noviembre de 2010, el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile el 14 de marzo de 2011, por carecer de “especial relevancia constitucional”.

B.- Demanda núm. 9634/12

16.- El 28 de julio de 2006, el segundo demandante fue detenido por la policía en Barcelona. Al día siguiente ingresó en prisión preventiva por dos presuntos delitos de robo.

17.- El 10 de agosto de 2006, el juez de instrucción dictó la libertad provisional del demandante.

18.- El 16 de abril de 2007, el juez de instrucción acordó auto de sobreseimiento provisional conforme a los artículos 779.1, 1 par. y 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por ausencia en el sumario de motivos suficientes para acusar al demandante de los delitos imputados. Resultaba de las declaraciones de las víctimas que no habían podido reconocer a sus agresores. El auto indicaba:

“(…) nos encontramos claramente en presencia de un caso de sobreseimiento provisional y no ante la probada inexistencia del hecho, sobreseimiento que descansa en la insuficiencia de los elementos probatorios para fundar una acusación formal sin descartar de forma definitiva su responsabilidad.”

19.- Basándose en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 12 de septiembre de 2007, el demandante solicitó ante el Ministerio de Justicia una indemnización a causa de un funcionamiento anormal de la administración de justicia. Se quejó en concreto de los catorce días que permaneció en prisión preventiva. El 30 de julio de 2008, la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia propuso acordar para el demandante a título de indemnización la cantidad de 1.680 euros. Conforme al procedimiento, el sumario fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

20.- En su dictamen de 4 de diciembre de 2008, el Consejo de Estado indicó que no se cumplían las condiciones para acordar la indemnización y que convenía desestimar la reclamación del demandante. Señaló que el sobreseimiento no se había acordado debido a la ausencia de participación

del demandante en los hechos imputados, sino debido a la ausencia de pruebas suficientes acreditando su participación.

21.- Mediante decisión de 12 de febrero de 2009, el Ministerio de Justicia desestimó la reclamación del demandante.

22.- El demandante presentó recurso contencioso-administrativo. Mediante sentencia de 1 de octubre de 2009, el juzgado central de lo contencioso administrativo desestimó el recurso. Señaló que el auto de sobreseimiento se limitaba a indicar la ausencia de pruebas suficientes de la participación del demandante en los hechos. En este sentido, el juez recordó que para acordar la indemnización al demandante, habría sido necesario constatar con certeza que éste no había participado en los hechos en causa. Por lo demás, el juez consideró que a la luz de los hechos expuestos “existían indicios de la participación [del demandante] en la comisión de los delitos, a pesar de que el juez de instrucción no los había considerado suficientes para continuar la investigación”. El juez mencionó, entre otras cosas, el hecho de que el demandante era el propietario de la moto que utilizaron los autores del delito para huir tras la comisión de los delitos y que, cuando los agentes de policía se acercaron al demandante para detenerle había intentado huir, cuando se encontraba al lado de esa moto.

23.- El demandante contestó esta decisión ante la Audiencia Nacional, que, mediante sentencia de 11 de febrero de 2010 desestimó el recurso y confirmó la sentencia a quo debido a que el auto de sobreseimiento no alejaba definitivamente la responsabilidad del demandante. Para llegar a esta conclusión, la Audiencia Nacional señaló en su sentencia que los hechos denunciados habían tenido lugar y que, a pesar de la conclusión de la jurisdicción penal sobre la ausencia de indicios objetivos que permitan imputar al demandante los robos denunciados, otros elementos que figuraban en la sentencia contencioso administrativa impugnada (apartado 22) le permitían concluir que en el presente asunto no se trataba de la ausencia de pruebas de los hechos denunciados, sino de la ausencia de pruebas para fundamentar la acusación penal contra el demandante. La Audiencia Nacional precisó en su sentencia lo siguiente:

“(…) a pesar de que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que la ausencia de los hechos debe ser declarada bien por una sentencia de absolución bien por un auto de sobreseimiento definitivo, la indicación de ambos tipos de decisiones [en el texto del artículo 294] [no

es exhaustiva], la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1990 precisando que el auto de levantamiento de procesamiento por inexistencia de indicios racionales de criminalidad en el imputado es una resolución equivalente, a tales efectos a un auto de sobreseimiento libre, de forma que la aplicación analógica del artículo 4 del Código Civil deviene en ese caso paradigmática. Y la sentencia del mismo Tribunal de 30 de abril de 1990 apunta que lo jurídicamente relevante en el artículo 294 de la Ley Orgánica citada es la declaración judicial de la inexistencia -objetiva o subjetiva- del hecho.”

24.- Invocando los artículos 14 (prohibición de la discriminación), 17 (derecho a la libertad) y 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) de la Constitución, el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante decisión notificada el 17 de octubre de 2011, el alto tribunal desestimó el recurso por carecer de “especial relevancia constitucional”.

II.- Legislación interna aplicable

25.- La disposición de la Constitución aplicable al presente asunto dispone:

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. “

26.- Las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial aplicables al presente asunto disponen:

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 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. 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.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.”

27.- La disposición aplicable de la ley de enjuiciamiento criminal en vigor en la época en causa en materia de recursos contra autos de sobreseimiento dispone:

Artículo 217.- “El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los Autos del Juez de instrucción.”

28.- Las disposiciones aplicables de la ley de enjuiciamiento criminal en vigor en la época en causa relativas a los autos de sobreseimiento y a las decisiones susceptibles de ser pronunciadas al término de una instrucción disponen:

Artículo 637.- Procederá el sobreseimiento libre:

1. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

(...). “

Artículo 641.- “Procederá el sobreseimiento provisional:

1. Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

2. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas.

(...)”

Artículo 779.- “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1. Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. (...)”

Fundamentos de Derecho

I.- Acumulación de las demandas

29.- Considerando la conexión entre las demandas en cuanto a los hechos y a las cuestiones de fondo que plantean, el Tribunal juzga adecuado acumularlas y examinarlas conjuntamente en una única y misma sentencia.

II.- Sobre la violación del artículo 6.2 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)

30.- Los demandantes consideran que el rechazo, por parte de la administración y de los tribunales internos, de sus reclamaciones de indemnización debido al tiempo pasado en prisión condicional vulneró el artículo 6.2 del Convenio, dejando caer sobre ellos la duda sobre su inocencia, a pesar de su absolución. La disposición invocada dispone:

“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”

A.- Admisibilidad

31.- El Tribunal estima que esta queja no carece manifiestamente de fundamento, en el sentido del artículo 35.3a) del Convenio. Señala, por último, que la demanda no se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad. Por tanto, cabe declararla admisible.

B.- Fundamentación

1.- Argumentos de las partes

a).- Demanda núm. 52465/11

32.- El primer demandante se limita a confirmar el contenido de su demanda.

33.- Remitiéndose a la sentencia Englert contra Alemania (TEDH 1987, 21) (25 de agosto de 1987, ap. 36, serie A núm. 123), el Gobierno indica que ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan al “acusado” un derecho al pago de sus gastos, o un derecho al pago de una indemnización por prisión condicional regular, en caso de sentencia de las diligencias abiertas en su contra. Añade que el derecho a ser indemnizado por un arresto condicional en caso de absolución depende de la legislación interna: en este sentido indica que en la legislación española, dicha indemnización está establecida en el artículo 121 de la Constitución y artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial en caso de funcionamiento anormal de la justicia. En concreto y con respecto a los casos de prisión preventiva, en virtud del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, el Gobierno expone que el funcionamiento anormal de la justicia existe cuando la persona en prisión preventiva es absuelta debido a la inexistencia del hecho imputado. Precisa que en virtud de las disposiciones mencionadas anteriormente, para que los perjuicios sufridos por una prisión provisional puedan ser reparados, es necesario que la absolución o la revocación de la condena se pronuncie debido a que los hechos no existieron jamás. No obstante, el Gobierno añade que en la legislación española no está prevista una responsabilidad objetiva por actos derivados de la administración de la justicia independientemente que su funcionamiento sea normal u anormal, y afirma que el ingreso del demandante en prisión preventiva fue debidamente decretado.

34.- El Gobierno concluye que el campo de aplicación del principio de la presunción de inocencia es el procedimiento penal y que la absolución penal no implica automáticamente un funcionamiento anormal de la justicia susceptible de ser objeto de una indemnización.

b).- Demanda núm. 9634/12

35.- El segundo demandante indica que fue absuelto por las jurisdicciones penales por falta de pruebas o indicios que demostraran su participación en los hechos origen de su prisión preventiva.

36.- El Gobierno señala que en el presente asunto, el juez, dada la existencia de dudas sobre la participación del acusado en los hechos, ordenó un sobreseimiento provisional y no libre. Añade que el demandante no apeló este auto de sobreseimiento. Asimismo, indica que a diferencia de un auto de sobreseimiento libre, un auto de sobreseimiento provisional carece de fuerza de cosa juzgada y que la suspensión del procedimiento que lleva consigo no es definitiva: en este sentido precisa que si aparecieran nuevos elementos susceptibles de acusar al presunto autor del delito, podría continuarse la instrucción y conducir al juicio oral. El artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solo reconoce el derecho a percibir una indemnización cuando los tribunales han establecido de manera definitiva que la persona en prisión provisional no ha cometido los hechos imputados, bien sea pronunciando su absolución, bien ordenando el sobreseimiento libre.

37.- En opinión del Gobierno, la valoración efectuada por la Audiencia Nacional en su sentencia, no afectó la presunción de inocencia del demandante, puesto que la mencionada jurisdicción se limitó a verificar, tras el recurso presentado por el interesado, si era de aplicación el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Gobierno admite que la resolución del Ministerio de Justicia, conforme al dictamen del Consejo de Estado, y la del juez central de lo contencioso administrativo pudieran estar basadas en una valoración de los hechos cuyo examen eran competencia únicamente del juez de instrucción, pero considera que la sentencia de la Audiencia Nacional señaló claramente que la razón por la que se había desestimado la reclamación del demandante no era otra que el carácter provisional y no libre del sobreseimiento pronunciado. Por tanto, la situación en causa no dependía del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Valoración del Tribunal

38.- El Tribunal recuerda en primer lugar que la presunción de inocencia no se cumple cuando una resolución judicial respecto a un acusado refleja el sentimiento de que éste es culpable, cuando su culpabilidad no ha quedado legalmente establecida con anterioridad (Allen contra Reino Unido [GS], núm. 25424/09, ap. 93, TEDH 2013).

39.- Señala asimismo que el ámbito de aplicación del artículo 6.2 del Convenio o se limita a los procesos penales pendientes, sino que se extiende a los procedimientos judiciales posteriores a la absolución definitiva del acusado (Allen, precitado, ap. 98, Sekanina contra Austria, 25 de agosto de 1993 (TEDH 1993, 36), ap. 22, serie A núm. 266-A, y Rushiti contra Austria (TEDH 2000, 100), núm. 28389/95, ap. 27, 21 de marzo de 2000), en la medida en que las cuestiones planteadas en estos últimos procedimientos constituyen el corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante tenía la condición de “acusado”. A pesar de que ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan derecho a una indemnización por una prisión condicional regular cuando se produce el levantamiento del procesamiento o desemboca en una sentencia absolutoria, la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado no es aceptable tras una sentencia absolutoria firme (Sekanina (TEDH 1993,

36), precitada, ap. 30). Una vez que la sentencia absolutoria es definitiva, incluso tratándose de una absolución en beneficio de la duda, en virtud del artículo 6.2 del Convenio, la expresión de dudas sobre su culpabilidad no es compatible con la presunción de inocencia (Rushiti (TEDH 2000, 100), precitado, ap. 31). De hecho, las resoluciones judiciales posteriores o las declaraciones de las autoridades públicas pueden plantear un problema al amparo del artículo 6.2 si equivalen a una constatación de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la previa absolución del acusado (Del Latte contra Países Bajos (PROV 2005, 27046), núm. 44760/98, ap. 30, 9 de noviembre de 2004).

40.- El Tribunal señala que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución fundamentada en la ausencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia. De hecho, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos esgrimidos por el juez de instrucción. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, la parte dispositiva de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda autoridad que se pronuncie de manera directa o indirecta sobre la responsabilidad penal del interesado (Allen (PROV 2013, 252861), precitado, ap. 102, Vassilios Stavropoulos contra Grecia (TEDH 2007, 61), núm. 35522/04, ap. 39, 27 de septiembre de 2007). Exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de una reclamación de indemnización por prisión provisional no parece razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia (Capeau contra Bélgica (PROV 2005, 62034), núm. 42914/98, ap. 25, TEDH 2005-I).

41.- En el presente asunto, el Tribunal constata, que el primer demandante fue absuelto en primera instancia y que el segundo demandante se benefició de un auto de sobreseimiento provisional pronunciado por el juez de instrucción antes de la apertura del juicio oral. Está llamado a examinar si, debido a su manera de actuar, a los motivos de su decisión o por los términos utilizados en su razonamiento, el Ministerio de Justicia y los tribunales contencioso administrativos lanzaron suposiciones sobre la inocencia de los demandantes y de esta forma vulneraron el principio de la presunción de inocencia garantizado por el artículo 6.2 del Convenio (Tendam contra España, núm. 25720/05, ap. 38, 13 de julio de 2010 [TEDH 2010, 84], Puig Panella contra España, núm. 1483/02, ap. 54, 25 de abril de 2006 [TEDH 2006, 35] .

42.- Con respecto al primer demandante, el Tribunal constata que, en su decisión de 28 de mayo de 2008, el Ministro de Justicia, basándose en los informes de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 27 de marzo de 2008 y del Consejo de Estado de 17 de abril de 2008, desestimó la reclamación del demandante. De hecho, el ministro consideró que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no era de aplicación al presente asunto en la medida en que el demandante fue absuelto por falta de pruebas en su contra que permitieran demostrar su participación en los hechos imputables. Para desestimar la reclamación de indemnización del demandante, el ministro observó que, según la sentencia absolutoria, el demandante no fue absuelto en base a pruebas de descarga que confirmaran su inocencia, sino por falta de pruebas suficientes que pudieran demostrar su participación en los hechos (apartado 11).

43.- Con respecto al segundo demandante, el Tribunal señala que el Gobierno, al interpretar literalmente el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mantiene que la situación en causa no era susceptible de indemnización, en la medida en que el demandante no fue absuelto ni fue objeto de un sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, siendo la sentencia absolutoria y el sobreseimiento libre las únicas decisiones expresamente mencionadas por la disposición precitada a causa de su carácter definitivo. El Tribunal observa, no obstante que la misma Audiencia Nacional subrayó en su sentencia que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el auto declarando la terminación del proceso por inexistencia de indicios racionales en cuanto a la responsabilidad penal del acusado, como es el asunto en causa, podría equipararse en este sentido a un auto de sobreseimiento libre (apartado 23), finalizando la instrucción a través de una declaración de no culpabilidad del acusado, al mismo nivel que una sentencia absolutoria dictada al término de la fase de juicio y con los mismos efectos.

44.- En los asuntos relativos a reclamaciones de indemnización a cargo de las víctimas, con independencia de si las diligencias habían concluido en una decisión de cierre o una decisión absolutoria, el Tribunal declaró que a pesar de que la absolución por la vía penal debe ser respetada en el contexto del procedimiento de indemnización, esto no es obstáculo para el establecimiento en base a criterios de prueba menos estrictos, de una responsabilidad civil que supone la obligación de pagar una indemnización por los mismos hechos. Sin embargo, añadió que si la decisión interna sobre la acción civil debe contener una declaración imputando una respon-

sabilidad penal a la parte acusada, esto plantearía una cuestión en el ámbito del artículo 6.2 del Convenio (Allen (PROV 2013, 252861), precitado, ap. 123). Este enfoque también es susceptible de ser seguido en los asuntos relativos a reclamaciones sobre responsabilidad ante los órganos y jurisdicciones administrativas como es el presente caso.

45.- El Tribunal señala que el carácter provisional del sobreseimiento dictado en el presente asunto no podría ser determinante (apds. 23 y 43). En este sentido, es de señalar que al término de la instrucción en los procedimientos como el presente, en caso de ausencia de motivos suficientes para acusar a una persona de la comisión de un delito, solo se podrá pronunciar un auto de sobreseimiento provisional, en la medida en que los motivos para ordenar un auto de sobreseimiento libre están estrictamente establecidos por la ley (ap. 28). En cualquier caso, no se deduce del sumario, y las partes no lo mantienen, que la fiscalía hubiera recurrido el auto de sobreseimiento provisional ordenado por el juez de instrucción. Además, el demandante no podría recurrir la declaración de no culpabilidad dictada, ni solicitar la transformación, condenada al fracaso, de esta declaración en un sobreseimiento libre, al no ser de aplicación los motivos establecidos en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el presente asunto, en esta etapa del proceso de instrucción.

46.- Por otra parte, el rechazo del juez central de lo contencioso administrativo de la reclamación de indemnización del segundo demandante no estaba basada en el carácter provisional o libre del sobreseimiento acordado por el juez de instrucción, sino sobre el hecho de que el mencionado auto de sobreseimiento se limitaba a constatar que las pruebas para demostrar la participación del demandante en los hechos imputados, eran insuficientes. El juez de lo contencioso administrativo recordó que habría sido necesario, para conceder una indemnización al segundo demandante, tener la certeza de que éste no había participado en los hechos. A pesar de su condición de juez de lo contencioso administrativo y no de juez de la causa penal, él consideraba que existían indicios de la participación del demandante en la comisión de los delitos, aunque estos indicios no fueron considerados suficientes por el juez de instrucción y mencionó aquellos que, en su opinión, podrían demostrar la participación del interesado en los hechos de la causa (ap. 22). En la medida en que la culpabilidad del segundo demandante no pudo establecerse, independientemente de si fue de forma provisional o definitiva, el Tribu-

nal estima por una parte que no se le puede exigir al demandante, en el momento de la reclamación de una indemnización por funcionamiento anormal de la justicia, que demuestre su inocencia y, por otra parte, que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, competente para conceder la indemnización reclamada, concluir una posible declaración de culpabilidad del segundo demandante, a la que no pudo llegar el juez de lo penal, por falta de pruebas.

47.- Por lo tanto, en opinión del Tribunal, está claro que tal motivación deja en el aire una duda sobre la inocencia del segundo demandante (Puig Panella [TEDH 2006, 35], precitada, ap. 55, y Tendam [TEDH 2010, 84], precitada, ap. 39). El razonamiento del juez central de lo contencioso administrativo ignoró el sobreseimiento provisional, es decir el fallo de las diligencias, pronunciado sobre el acusado por una decisión judicial cuya parte dispositiva debe ser respetada por toda autoridad judicial, sean cual sean los motivos aducidos por el juez de instrucción (Vassilios Stavropoulos [TEDH 2007, 61], precitada, ap. 39). La conclusión es válida a fortiori desde el momento del pronunciamiento del auto de sobreseimiento provisional antes de la apertura del juicio oral, abandonando cualquier acción contra el acusado –como es el caso del segundo demandante–.

48.- Por otra parte, el Tribunal señala que el razonamiento del Ministro de Justicia fue confirmado posteriormente, para ambos demandantes, por los tribunales nacionales, que suscribieron su análisis. Señala que las jurisdicciones contencioso administrativas únicamente aplicaron la jurisprudencia constante en materia de aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fundado en el criterio de la inexistencia subjetiva, es decir, de la ausencia probada de la participación del absuelto en el hecho imputado. En consecuencia, las jurisdicciones de lo contencioso administrativo, al apoyar el razonamiento del ministro en aplicación de esta jurisprudencia y, en lo que respecta, en particular, al segundo demandante, al realizar afirmaciones que son competencia exclusiva del juez instructor, no remediaron el problema que se planteaba en el presente caso (véase, mutatis mutandis, Ismoilov y otros contra Rusia (PROV 2008, 120964), núm. 2947/06, ap. 169, 24 de abril de 2008).

49.- Estos elementos son suficientes para que el Tribunal concluya que ha habido violación del artículo 6.2 del Convenio respecto a ambos demandantes.

III.- Sobre las otras violaciones (demanda núm. 9634/12)

50.- El segundo demandante invoca el artículo 14 en relación con los artículos 5.5 y 6.2 del Convenio. Se declara objeto de una discriminación con respecto a las víctimas del procedimiento cuya duración ha sido excesiva, en la medida en que estas serían indemnizadas a pesar de ser declaradas culpables en el procedimiento principal, y reclama, al amparo del artículo 5.5 del Convenio, una indemnización por los catorce días pasados en prisión.

51.- A la luz de los principios que se desprenden de la jurisprudencia de los órganos del Convenio, el Tribunal considera que nada del sumario hace pensar que haya existido la violación reclamada por el demandante por parte de las jurisdicciones españolas. Por tanto, estima que las quejas presentadas por éste son manifiestamente infundadas en el sentido del artículo 35.3 del Convenio y que deben ser rechazadas en aplicación del artículo 35.4 del Convenio.

IV.- Aplicación del artículo 41 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)

52.- 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”.

A.- Demanda núm. 53465/11

53.- El primer demandante no presenta reclamación de satisfacción equitativa. Por tanto el Tribunal considera que no procede concederle cantidad alguna por este concepto.

B.- Demanda núm. 9634/12

1.- Daños

54.- El segundo demandante reclama 14.000 euros en concepto de daño moral que declara haber sufrido por los catorce días pasados en prisión preventiva, así como 920 euros en concepto de perjuicio material correspondiente en su opinión, a la imposibilidad de ganar dinero desempeñando su trabajo de carnicero en Argentina debido a su arresto.

55.- El Gobierno considera que el demandante no ha probado de ningún modo el daño moral reclamado. Respecto al perjuicio material, mantiene que no se ha demostrado un vínculo de causalidad entre la presunta falta de ganancia y la violación alegada. En cualquier caso, las cantidades reclamadas serían excesivas e injustificadas.

56.- El Tribunal no aprecia ningún vínculo de causalidad, en base a las informaciones que aparecen en el sumario, entre la violación constatada y el perjuicio material reclamado, y rechaza la reclamación. Por el contrario, considerando la violación constatada en el presente asunto, considera que procede conceder al demandante 9.600 euros en concepto de daño moral.

2.- Costas y gastos

57.- Basándose en la factura de honorarios, el demandante reclama 2.360 euros en concepto de costas y gastos satisfechos ante el Tribunal Constitucional y 3.540 euros por los gastos relativos al procedimiento ante el Tribunal.

58.- El Gobierno estima las cantidades reclamadas manifiestamente excesivas.

59.- Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante solo puede obtener el reembolso de los gastos y las costas en la medida en que se establezca su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su cuantía. En el presente asunto, considerando los documentos en su poder y la jurisprudencia, el Tribunal estima razonable la suma de 5.900 euros en concepto de costas y gastos en concepto de gastos ante los tribunales internos y ante el Tribunal, y lo acuerda al demandante.

C.- Intereses de demora

60.- El Tribunal considera apropiado fijar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1.- Decide, acumular ambas demandas;

2.- Declara las demandas núm. 53465/11 y 9634/12 admisibles en cuanto a la queja al amparo del artículo 6.2 del Convenio y la demanda núm. 9634/12 inadmisibles para el resto;

3.- Declara que ha habido violación del artículo 6.2 del Convenio respecto al primer demandante (demanda núm. 53465/11);

4.- Declara que ha habido violación del artículo 6.2 del Convenio respecto al segundo demandante (demanda núm. 9634/12);

5.- Declara

a) Que el Estado demandado deberá abonar al segundo demandante (demanda núm. 9634/12), dentro del plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea definitiva, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, las sumas siguientes:

i. 9.600 EUR (nueve mil seiscientos euros) más las cargas fiscales correspondientes en concepto de daño moral;

ii. 5.900 EUR (cinco mil novecientos euros) más las cargas fiscales correspondientes, en concepto de gastos y costas satisfechos;

b) Que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago;

6. Rechaza el resto de la solicitud de indemnización.

109.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA DE FECHA 11/03/16

Estimación de autorizar traslado a una asociación desde el hospital a interna en situación de prisión provisional con enfermedad grave.

Hechos

Por auto de fecha 29 de mayo de 2015 se dispuso la prisión provisional comunicada y sin fianza acordada de G.V.T.H., lo que fue reiterado por

auto de fecha 17 de junio de 2015, habiendo el Centro Penitenciario de Córdoba en oficio fechado el 9 de marzo de 2016, adjuntado oficio del Subdirector Médico en el que se participaba que según informe de la Subdirección Médica de dicho Centro, la antes citada padecía tumoración maligna de ovario con metástasis pleurales, descartándose tratamiento quirúrgico y dada la naturaleza de la neoplasia, su localización y grado de extensión hacía prever un pronóstico vital infausto en breve plazo, inferior a un año, lo que fue matizado en nueva comunicación fechada el 11 de marzo de 2016, en el sentido de que pronóstico vital infausto era de breves semanas o meses, y habiendo la Procuradora, en nombre de la antes citada, interesado en escrito fechado el 5 de marzo de 2.016, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta pendiente de ejecutarse o, en su caso, le fuera aplicado lo establecido en el artículo 508 del Código Penal, a lo que en escrito fechado el 11 de marzo de 2016 el Ministerio Fiscal informó que no procedía la aplicación del artículo citado en ausencia de sentencia firme, si bien, no se opuso a que la medida de prisión provisional tuviera lugar en el domicilio de la antes citada.

Razonamientos jurídicos

Primero.- Según resulta del texto de la Constitución y a tenor de la interpretación del mismo realizada por el Tribunal Constitucional, dicha norma fundamental no impone un límite preciso y terminante para la duración máxima de la situación de prisión provisional, sino que ha confiado a la Ley la determinación del plazo razonable” –único criterio constitucionalmente determinado en el que ha de concretarse tal situación–, por lo que la Ley juega aquí un papel decisivo, al estar constitucionalmente llamada a fijar los términos en los que la privación de libertad resulta lícita y por más que en ella no se agote la garantía constitucional de la libertad que establece en su artículo 17-1. De este modo, cuando aún no ha sido plenamente destruida la presunción de inocencia por una sentencia condenatoria, la Constitución exige que la privación de libertad sólo pueda ser concebida, en su adopción y mantenimiento como “una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan”, lo que desde luego incluye la fijación de un plazo máximo razonable. El favor libertatis que debe orientar siempre la interpretación constitucional,

es un principio que ya está presente en la misma configuración constitucional de los derechos que se deriven de los apartados 2 y 4 inciso segundo del artículo 17 de la Constitución, al haberse establecido en ambos casos, como límite infranqueable para que no se vulnere el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado en el apartado 1, unos plazos máximos. Plazos, que respecto a la prisión provisional, son fijados y pueden ser modificados por el legislador dentro del criterio constitucional antes indicado, de manera que en este caso la previsión legal sobre el plazo máximo representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad de acuerdo con lo dispuesto en el citado apartado 4, en relación con el apañado 1 también citado, del referido artículo 17. Igualmente es doctrina del Tribunal Constitucional, que el señalado segundo inciso del artículo 17-4 encierra un auténtico derecho fundamental que asiste a todo preso preventivo a no permanecer en prisión provisional más allá de un “plazo razonable”, y si dicha situación de prisión provisional supera el mismo, vulnera directamente el derecho a la libertad protegido por el expresado artículo 17-4 in fine y hace nacer un deber imperativo de poner en libertad al encausado, ya que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1-1 de la Constitución), habiendo igualmente declarado el Tribunal Constitucional, que los límites temporales máximos a la medida de prisión provisional fijados en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no agotan la garantía constitucional, pues por aplicación directa de los preceptos constitucionales mencionados, interpretados de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de su Tribunal (artículo 10-2 de la Constitución), el plazo razonable en una causa determinada puede ser sensiblemente menor al plazo máximo legal, atendiendo a la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el Órgano Judicial y al comportamiento del recurrente, habiendo también declarado el Tribunal Constitucional que toda decisión judicial relativa a la privación de libertad, debe apoyarse en una motivación suficiente que no tiene por único objeto la de satisfacer el derecho a la tutela judicial – que no es tal si resulta completamente carente de fundamentación–, sino que configura el supuesto habilitante de la privación de libertad. En la medida en que dicha motivación no exista, y que no exista en el plazo en la Ley permite la privación de libertad, padece el derecho que proclama el artículo 17 de la Constitución y con él uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento.

Segundo.- Hechas las anteriores consideraciones, de general aplicación a los supuestos de prisión provisional limitativa de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, entrando en el análisis de lo concretamente invocado por la representación procesal de la encausada, no procede acoger la aplicación del artículo 80-4 del Código Penal, toda vez que la misma no consta condenada en sentencia firme, si bien, pese a persistir los motivos determinantes de su situación de privación de libertad y, por tanto, proceder el mantenimiento de la misma, por motivos humanitarios procede acoger lo solicitado por su representación procesal al amparo del artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que además se ha mostrado conforme el Ministerio Fiscal, estimándose por el bien de la encausada, de la que no consta inequívocamente acreditado tenga un domicilio estable, la procedencia de su traslado en la situación personal en que se encuentra, desde el Centro Penitenciario de Córdoba hasta la Asociación Reto, con centro sito en calle Aguilarejo Bajo número 4, código postal 14193 de Córdoba, por estimarse que dicho lugar debe de servirle de domicilio en donde podrán dispensársele los tratamientos adecuados hasta su fallecimiento o bien, de no producirse éste, hasta que pueda resultar modificada su situación de prisión provisional.

Vistos los artículos citados y demás normas de pertinente y general aplicación.

Parte dispositiva

Por los motivos expresados, La Sala acuerda estimar la pretensión acuada por la Procuradora, en nombre de G.V.T.H., con la conformidad del Ministerio Fiscal, y en su virtud se mantiene la situación de prisión provisional comunicada y sin fianza en que se encuentra, si bien con aplicación del artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo fin deberá procederse, una vez le haya sido dada el alta hospitalaria, a su traslado desde el Centro Penitenciario de Córdoba hasta la Asociación Reto con centro sito en calle Aguilarejo Bajo número 4, código postal 14193 de Córdoba, lugar este que le servirá de domicilio donde podrán dispensársele los tratamientos adecuados hasta su fallecimiento o bien, de no producirse este, hasta que pueda resultar modificada su situación de prisión provisional, lo que será participado además del Centro Penitenciario a la Comisaría de

Policía de Córdoba para que se dispongan las medidas de vigilancia necesarias en orden a que la antes citada no abandone del mencionado centro de la Asociación Reto, salvo informe del director del mismo justificativo de su traslado a centro hospitalario, del que una vez le haya sido dada el alta deberá retornar al centro de la Asociación mencionada.

CAPÍTULO XII

RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES

110.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA NÚMERO 1 DE FECHA 03/03/16

Archivo de expediente de reconocimiento mutuo al preexistir tramitación conforme al convenio de Estrasburgo.

Hechos

Único.- En fecha 11 de diciembre de 2015 se ha incoado el presente expediente, relativo a la aplicación del Principio de Reconocimiento Mutuo de Sentencias en materia penal, por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre, implementada en España por Ley 23/14 de 20 de noviembre de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, a solicitud del interno F.G. del Centro Penitenciario de Daroca, constando al expediente la correspondiente documentación, de la cual se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió Informe en el sentido de no considerar procedente acceder a lo interesado por el interno, al encontrarse en trámite solicitud del interesado, conforme al Convenio 112 Estrasburgo, tramitándose el correspondiente expediente ante el Ministerio de Justicia.

Fundamentos jurídicos

Único.- Examinado el presente expediente y constando de la documentación obrante al mismo, que se encuentra en tramitación por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, expediente de traslado a Rumania para el cumplimiento de su condena, conforme al Convenio

de Estrasburgo, no procede continuar con la tramitación del presente, incoado con amparo en la Ley 23/14 de 20 de noviembre de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, (a través de la que se implementa en España la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de Sentencias en materia penal, por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de ejecución en la Unión Europea), procediéndose a su archivo y debiendo estarse en este momento al contenido de la Resolución Administrativa que se dicte en el citado expediente, sin perjuicio de que en caso de denegarse su solicitud, pueda reproducirse la misma ante este juzgado o juzgado que corresponda, en cuyo momento se determinara la procedente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Parte dispositiva

HE DECIDIDO.- El archivo del presente expediente en base a las consideraciones expuestas en los precedentes razonamientos jurídicos; sin pronunciamiento en cuanto a las costas ocasionadas en la presente instancia,

111.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 04/12/15

Procedencia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales para cumplir en Bélgica.

Hechos

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.L.S. del Centro Penitenciario Madrid VI Aranjuez solicitando ser trasladado a cumplir a Bélgica, conforme con lo dispuesto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

El penado cumple condena por la siguiente Ejecutoria: Ejecutoria nº 187/2015 del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 12 de Madrid, habiendo sido condenado en la Sentencia nº 3/2015 de 07/01/2015 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid por un delito de robo con violencia intentado y falta de lesiones a 1 año y 11 meses de prisión, y 30 días de multa con una cuota diaria de 3 euros con un día de arresto por cada dos cuotas impagadas (Total 695 días).

II.- Se solicitaron informes al Centro Penitenciario y Tribunales Sentenciadores al objeto de comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para la transmisión de la sentencia.

Razonamientos jurídicos

D).- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre la autoridad judicial española competente podrá transmitir una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad (que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 son aquellas resoluciones judiciales firmes emitidas por la autoridad competente de un Estado miembro tras la celebración de un proceso penal, por las que se condena a una persona física a una pena o medida privativa de libertad como consecuencia de la comisión de una infracción penal) a la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea para que proceda a su ejecución, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Que el condenado se encuentre en España o en el Estado de ejecución.

b) Que la autoridad judicial española considere que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado, después de haber consultado al Estado de ejecución, cuando corresponda.

c) Que medie el consentimiento del condenado, salvo que el mismo no sea necesario, en los términos previstos en el artículo siguiente.

Previéndose en el apartado 3 de dicho precepto que antes de transmitir la resolución, la autoridad judicial competente se asegurará de que no existe ninguna sentencia condenatoria pendiente de devenir firme en relación al condenado.

De los artículos 64 y 65 se desprende que la competencia para dicha transmisión corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando el penado esté cumpliendo condena ya sea la que se quiere transmitir o cualquier otra.

II).- En el presente supuesto consta el cumplimiento de los requisitos antes citados:

– El interno cumple sentencia condenatoria firme en la Ejecutoria referida en los antecedentes de hecho de esta resolución.

– Ha sido oído verbalmente al tratarse de nacional del Estado de Ejecución, manifestando que se ratifica en su solicitud de transmisión de la sentencia a Bélgica.

– El cumplimiento en Bélgica satisface el objetivo de facilitar la reinserción social del penado al haberse acreditado que el interno es nacional de Bélgica y tiene su residencia en la calle Prinsenhof, código postal 9000, en el municipio de Gante y tiene vínculos familiares (sus dos hijos) con dicho país.

– No consta ninguna causa penal en que haya recaído sentencia pendiente de adquirir firmeza.

– Pende el cumplimiento de parte de la condena cuya transmisión se solicita, no cumpliendo la totalidad de la condena hasta el día 25/04/2017.

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

Parte dispositiva

Se transmite la sentencia condenatoria firme en la que se impone al interno A.L.S. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez pena privativa de libertad en la Ejecutoria nº 187/2015 del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 12 de Madrid, para que sea reconocida y ejecutada en Bélgica.

112.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 27/06/16

No procedencia de aplicación de ley de reconocimiento mutuo por falta de vinculación suficiente.

Hechos

I.- En este Juzgado se ha recibido documentación referente al interno A.L. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, solicitando el cumplimiento en Italia de conformidad con lo dispuesto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea.

II.- Se solicitaron informes a fin de acreditar la vinculación del interno con Italia, así como si tiene causas pendientes en España.

Razonamientos jurídicos

I.- Se deniega la tramitación del instrumento de reconocimiento mutuo que se solicita al no haberse acreditado la suficiente vinculación con Italia del interno, que ha estado ausente de dicho país en los últimos trece años, habiendo tenido mayor vinculación con la República Dominicana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 23/2014, que considera no vinculante la petición del penado, y el artículo 66 que considera como requisito para poder acordar la transmisión de la sentencia que el cumplimiento en el Estado de Ejecución facilite la reinserción social del interno, no habiéndose acreditado suficientemente la vinculación con Italia, por lo que difícilmente puede garantizarse que se facilite la reinserción mediante el cumplimiento en dicho país.

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

Parte dispositiva

Se deniega la transmisión a Italia de la sentencia condenatoria del penado interno A.L., del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, en base a los razonamientos jurídicos de esta resolución.

113.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 28/01/16

Competencia en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Hechos

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, en Auto de 6 de noviembre de 2015, se acordó la inhibición a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Castilla y León con sede en Salamanca del expediente 387/15 sobre cumplimiento de la pena en otro estado miembro de la Unión Europea relativo el interno, en la actualidad, en el Centro Penitenciario de Topas A. EL M.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de noviembre de 2015, se confiere traslado al Ministerio fiscal informando, el 4 de diciembre de 2015, en el sentido de no aceptar la competencia por encender que lo era el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ante el que primeramente se presentó la instancia.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Con carácter previo es necesario exponer los siguientes antecedentes: Con fecha 08/09/15 por el letrado en nombre y representación de A. EL M., interno en el Centro Penitenciario de Ceuta, presentó escrito ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta solicitando poder cumplir la pena impuesta en Holanda, país del que es nacional el interno, a fin de que se iniciasen los trámites oportunos para la resolución. 2.- Por Providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta se admitió a trámite la solicitud y previamente, acordó que se ratificase el interno, lo que efectuó en la ciudad de Ceuta el 15/09/15. 3.- Por Diligencia de fecha 18/09/15, se acordó solicitar al Centro Penitenciario Ceuta información relativa a la hoja de cálculo y liquidaciones de sentencias obrantes en el expediente penitenciario, así como oficiar a la Policía Nacional para que remitiese ficha fotográfica y de huellas dactilares del interno y exhorto al juzgado sentenciador para la remisión de testimonios

de sentencias, documentación recibida y unida al expediente. 4.- Por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se comunicó con fecha 01/10/15, que el interno se encontraba en el Centro Penitenciario de Algeciras, en situación de tránsito hacia Topas (Salamanca) como centro de destino. 5.- A la vista de la comunicación referida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, dictó Providencia de fecha 28/10/15 dando traslado al Ministerio Fiscal a los efectos de que informase sobre la falta de competencia territorial y objetiva para la tramitación del expediente, informando el fiscal, con fecha 31/10/15 en el sentido de considerar competente al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del lugar donde radica el establecimiento parisiense en el que se haya el interno, recayendo Auto de fecha 06/11/15 declarando la falta de competencia territorial del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta e inhibiéndose a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Salamanca. 6.- Recibirá las actuaciones en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Salamanca se dictó providencia de fecha 27/11/15, acordando pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal a fin de que informase sobre la aceptación de la competencia para conocer del asunto, lo que hizo el 4/12/15 en el sentido de entender no haber para aceptar la misma, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la presente resolución.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta que ni la Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, ni la Decisión Marco de 27/11/2008 “relativa la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas otras medidas privativas de libertad a efecto de su ejecución en la Unión Europea”, vienen a establecer norma alguna para fijar la competencia territorial, teniendo en cuenta por una parte que el interno, cuando efectuó la solicitud a través de su letrado, se encontraba en el Centro Penitenciario de Ceuta; que el escrito fue presentado ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, que fue admitido por el mismo dando lugar a la incoación del correspondiente procedimiento, que asimismo recabó la correspondiente documentación y a la vista del principio de “perpetuatio iurisdictionis” debe entenderse que el órgano competente para la tramitación y resolución del procedimiento contenido en la Ley de Reconocimiento Mutuo corresponde al Juzgado de Vigilancia donde se encontraba el interno al tiempo de efectuar o presentar la solicitud, pues entender lo contrario, dado los continuos traslados de los que son objeto aquellos, supondría que la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se

vería continuamente alterada, vulnerándoseles, de esta manera el derecho al juez natural, pues quedaría en manos de Instituciones Penitenciarias la determinación del órgano competente para resolver.

Por todo lo expuesto y haciendo nuestro el informe del Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 46, 759 y concordantes de la Ley Enjuiciamiento Criminal, 51 Ley Orgánica del Poder Judicial, procede rehusar la competencia para la tramitación de este expediente, al entender que debe de continuar conociendo de la tramitación del procedimiento previsto en la Ley de Reconocimiento Mutuo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta quien recibió la solicitud del letrado, que se encontraba, en ese momento en el Centro Penitenciario de Ceuta, dando lugar a la incoación del correspondiente procedimiento previsto en la Ley de Reconocimiento Mutuo.

Parte dispositiva

De conformidad con lo expuesto, S.Sª Acuerda

1.- No aceptar la inhibición acordada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta para conocer de la petición de cumplimiento de la ejecutoria en Holanda de conformidad con la Ley de Reconocimiento Mutuo, efectuada, por el Letrado, en nombre del interno A.EL M.

2.- Remítase las actuaciones, dejando testimonio de las mismas en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta, a los efectos que resulten oportunos respecto de la previsión contenida en el artículo 759-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concordantes, por si procediere el planteamiento por dicho Juzgado de cuestión de competencia ante el superior jerárquico común, lo que en su caso deberá comunicarse a este Juzgado a los efectos legalmente previstos.

114.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 09/12/16

Estimación de recurso de apelación para que se inicie la tramitación de la ley sobre reconocimiento mutuo.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª de fecha 09-12-2016

I. Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que por la Ilma. Señora Magistrada del Juzgado de Vigilancia nº 6 de los de Madrid en Expediente nº 200/2016 se dictó auto de fecha 10 del 10 del 2016 del tenor siguiente: Se aprueba la concesión de los beneficios de la Libertad condicional con efectos 22 del 12 del 2016 al interno I.L.B. condicionada al cumplimiento en su país de origen (Rumania) del período de libertad condicional que le resta en relación con la Causa: Ejecutoria 64/12 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid y Ejecutoria 1672/09 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Madrid; el liberado habrá de comunicar los cambios de domicilio al CIS Melchor Rodríguez García; no ha lugar a iniciar la tramitación prevista en la ley 23/2014 de 20 de noviembre; el Centro Penitenciario deberá notificar a este Juzgado la fecha exacta en la que el citado penado ha salido de España. Contra tal resolución se interpuso recurso de apelación y tras cumplimentado el trámite del artículo 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habiéndose opuesto el Ministerio Fiscal, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Turnado el testimonio a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, se acordó su registro como rollo de sala 5514/2016 y se señaló para su deliberación, votación y fallo el día 9 del 12 del 2016.

II. Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- En rigor el Ministerio Fiscal no cuestiona la procedencia de la libertad condicional concedida al penado pero entiende que antes de que se lleve a cabo el desplazamiento al extranjero deben iniciarse los trá-

mites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo (Ley 23/2014) para el cumplimiento de la libertad condicional en otro país de la Unión Europea, teniendo en cuenta la implementación por Rumania de la DM/947/JAI, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y las penas sustitutivas por Ley 15 de noviembre de 2013, siendo la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de libertad vigilada sus Tribunales de Justicia y exigiéndose la cumplimentación del certificado previsto en el anexo IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

SEGUNDO.- Examinados los argumentos desarrollados por el Apelante, consideremos que debe procederse de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal por resultar ajustado a derecho, sin que eso conlleve la nulidad de la resolución impugnada, según lo solicitado, sino únicamente su complemento en cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento mutuo y, en tal sentido, el recurso ha de ser estimado.

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

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en el sentido expresado en el ordinal segundo de los razonamientos de esta resolución y, en consecuencia, ordenamos se complete el auto de fecha 10 del 10 del 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia nº 6 de Madrid en su expediente 200/2016 y que se dé inicio a los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo, y sin hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso.

Informe del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de fecha 18-10-2016

El Fiscal, en el procedimiento arriba referenciado y notificado del Auto de 10 de octubre de 2016 en fecha 17 de octubre de 2016, mediante el presente escrito interpone recurso de apelación directo contra el mencionado Auto en base a lo dispuesto en la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los siguientes argumentos:

1º.- La resolución recurrida acuerda la concesión al penado I.L.B., de nacionalidad rumana la libertad condicional al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.2 y concordantes y artículo 197 del Reglamento penitenciario, condicionada a que cumpla la libertad condicional en su país de origen.

El mismo Auto recurrido en su apartado IV de Razonamientos jurídicos afirma que “no ha lugar a iniciar los trámites para la transmisión de las reglas de conducta impuestas en el presente auto, conforme a las disposiciones de los títulos I y IV de la ley 23/2014 de 20 de noviembre, pues siendo únicamente tal regla, cumplir la libertad condicional en el país de origen sin posibilidad por tanto de retornar al territorio español y a comunicar los cambios de domicilio al CIS Melchor Rodríguez García, las mismas pueden ser cumplimentadas y controladas, sin la intervención de organismos o autoridades de Rumania, a través de las fuerzas de seguridad españolas encargadas del control de fronteras, y ello, al margen de la demora que pudiera llevar aparejada la ejecución de la libertad condicional ya acordada y de próximo vencimiento (al parecer el 22-12-2016) caso de ponerse en marcha la indicada tramitación, que como se ha dicho no se estima precisa”.

Con todos los respetos, tal motivación confunde la medida de expulsión sustitutiva en fase de libertad condicional prevista tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015 del art 89 con el cumplimiento de la libertad condicional en el país del que es nacional o residente el penado, para lo que se exigen necesariamente los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo 23/2014.

Rumania ha implementado la DM 2008/947/JHA de 27 de noviembre relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, por ley de 15 de noviembre de 2013, que entró en vigor el 26 de diciembre de 2013, por lo que es de aplicación el título IV de la Ley del Reconocimiento Mutuo, artículos 93 y ss.

El artículo 93.1 a) de la Ley del Reconocimiento Mutuo prevé su aplicación en los casos de resolución firme en la que se imponga en relación a una persona física, de una pena o medida privativa de libertad o alguna de las previstas en el artículo 94, cuando en relación a su cumplimiento se acuerde la libertad condicional sobre la base de dicha sentencia. Se deberá cumplimentar el certificado previsto en el anexo IV de la Ley del Reconocimiento Mutuo.

Rumania aplica siempre el principio de la doble incriminación de la conducta antes de aceptar el reconocimiento y ejecución, por lo que en el certificado se deberá hacer constar con la máxima claridad los hechos por los que fue condenada, dado que la sentencia no se envía traducida.

Según las declaraciones depositadas por Rumania ante la Comisión Europea, se deberán hacer constar en el certificado, las medidas a aplicar en el caso de que el penado transgreda las condiciones de la libertad condicional o en su caso, delinca de nuevo, incluido si procede acordar su prisión provisional o el retorno del mismo para el cumplimiento del resto de la pena en España.

Rumania exige la traducción del certificado a la lengua rumana y ha designado como autoridades competentes para el reconocimiento y ejecución de este instrumento a sus tribunales regionales, por lo que dependerá del lugar del domicilio de la penada el órgano judicial al que hay que enviar el certificado.

La competencia para la emisión del certificado corresponde al Juez encargado de la ejecución de la sentencia aunque en este caso, tratándose de una resolución que acuerda la libertad condicional se entiende que la competencia es del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

En estas circunstancias, estando en vigor la Ley del Reconocimiento Mutuo, no se puede, sin más trámite, autorizar su cumplimiento en el extranjero y obviar los trámites previstos en la ley, sino que la Ley del Reconocimiento Mutuo exige la cumplimentación del certificado previsto en el anexo IV y la tramitación conforme a las normas previstas en el título IV de la Ley del Reconocimiento Mutuo.

Una vez aprobada la Ley de Reconocimiento Mutuo, que implementa e incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico la DM 2008/947/JHA relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, resulta de obligado cumplimiento cuando se trate de ciudadanos comunitarios cuyo Estado, como en este caso, haya también implementado e incorporado a su derecho dicha DM. No puede ser de otra manera so pena de conculcar el principio de legalidad y el principio “*iura novit curia*”.

La libertad condicional se configura como una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, pero en ningún caso, debe suponer un no cumplimiento, que es lo que se produce cuando no se vigila dicho periodo de cumplimiento ni por la autoridad judicial española ni por la competente del país donde resida el condenado. En estos casos se convierte en un privilegio casi de impunidad.

Por su parte, la expulsión de ciudadanos europeos incluso en periodo de libertad condicional se configura en el Código Penal como una situación verdaderamente excepcional para casos muy concretos de peligro para el orden público y de muy difícil por no decir imposible control por tratarse de ciudadanos europeos, donde rige la libertad de circulación y pueden traspasar las fronteras sin necesidad de pasar por los controles de pasaportes porque no es necesario.

En esta situación, acordar la libertad condicional supeditado a que se marche a su país y no vuelva, sin acordar la expulsión, supondría la imposibilidad de controlar no sólo el cumplimiento de las condiciones impuestas en la libertad condicional como es el hecho de que no cometa ningún otro delito en el periodo de su disfrute, sino de que no retorne, pues es imposible controlar el retorno de un ciudadano comunitario.

Las normas europeas sobre reconocimiento mutuo, entre ellas la DM 2008/909 y la DM 2008/947 tienen como finalidad precisamente crear un marco y espacio de seguridad común, donde las penas se cumplan y dónde delinquir en otro Estado distinto del que es nacional, no resulte rentable.

Tal finalidad se frustra absolutamente cuando no se cumplen las leyes.

En cuanto al argumento del tiempo de tramitación, no hay ningún obstáculo para que el penado pueda disfrutar de los beneficios de libertad condicional en España en tanto en cuanto se procede a su tramitación, siendo el artículo 197 del Reglamento Penitenciario un precepto ab initio, pensado para ciudadanos no comunitarios y que su aplicación a los ciudadanos europeos se hace por extensión interpretativa.

Por lo expuesto, el Fiscal interesa que se declare la nulidad del Auto recurrido y que se ordene al Juzgado de vigilancia penitenciaria el inicio de los trámites previstos en la Ley del Reconocimiento Mutuo, título IV, sin que en ningún caso la demora en el cumplimiento de dichos trámites deba

perjudicar, no obstante, la obtención de la libertad condicional a que tenga derecho el condenado, si bien vigilada en España mientras se materializan los trámites.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid de fecha 10-10-2016

Hechos

I.- Por el CIS Melchor Rodríguez García se ha elevado a este Juzgado expediente de Libertad Condicional favorable a favor del penado I.L.B., por razón de las causas:

– Ejecutoria 64/12 de la Sección 1a de la Audiencia Provincial de Madrid.

– Ejecutoria 1672/09 del Juzgado Penal nº 2 de Madrid.

II.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, el mismo informó en el sentido que obra en autos.

Razonamientos jurídicos

I.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la L.O. 7/2003 (Redacción anterior a la L.O. 01/2015 de 30 de marzo, que resulta aplicable, por ser los hechos delictivos anteriores a 01/07/15, y no estimarse más beneficiosa la nueva regulación) excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo 90, 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 continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, y reuniendo la propuesta los requisitos exigidos por el citado precepto, procede, de conformidad con

lo establecido en el artículo 76.2 b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobar la propuesta de concesión de los beneficios de Libertad Condicional anticipada a favor del penado, imponiéndole conforme al artículo 90.2 del Código Penal las reglas de conducta que a continuación se expresarán.

II.- 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.

III.- 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 el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

IV.- Según dispone el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero y, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia Penitenciaria, su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de ésta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado.

V.- En el presente supuesto consta que el interno extinguirá las 2/3 partes de la condena el 22/12/16, está clasificado en tercer grado de tratamiento desde el 01/04/16 y cuenta con pronóstico favorable en cuanto a su futura vida en libertad en los términos exigidos en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

VI.- No ha lugar a iniciar los trámites para la transmisión de las reglas de conducta impuestas en el presente auto, conforme a las disposiciones de los Títulos I y IV de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, pues siendo únicamente tal regla, cumplir la libertad condicional en el país de origen sin posibilidad por tanto de retornar al territorio español, y comunicar los cambios de domicilio al CIS Melchor Rodríguez García, las mismas pueden ser cumplimentadas y controladas, sin la intervención de organismos o autoridades de Rumania, a través de las fuerzas de seguridad españolas

encargadas del control de fronteras, y ello, al margen de la demora que pudiera llevar aparejada la ejecución de la libertad condicional, ya acordada y de próximo vencimiento, caso de ponerse en marcha la indicada tramitación, que como se ha dicho no se estima precisa.

A tenor de lo dispuesto en los preceptos antedichos procede conceder la libertad condicional al mencionado interno, el cual durante el tiempo que permanezca en esa situación deberá cumplir las medidas que se indican en la parte dispositiva de esta resolución.

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

Parte dispositiva

SE APRUEBA la concesión de los beneficios de la Libertad Condicional, con efectos 22/12/16, al interno I.L.B., condicionada al cumplimiento en su país de origen (Rumania), del periodo de libertad condicional que le resta, en relación con la Causa:

– Ejecutoria 64/12 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

– Ejecutoria 1672/09 del Juzgado Penal nº 2 de Madrid.

El liberado habrá de comunicar los cambios de domicilio al CIS Melchor Rodríguez García.

No ha lugar a iniciar la tramitación prevista en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre.

El Centro Penitenciario deberá notificar a este Juzgado la fecha exacta en la que el citado penado ha salido de España.

La presente resolución no es ejecutiva siendo preciso esperar a la firmeza de la misma para su efectividad, conforme a lo dispuesto en el Apartado quinto de la Disposición Adicional quinta de la L.O. 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

115.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 03/11/16

Concesión de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes a interno italiano en su país y posible aplicación de la ley de reconocimiento mutuo.

RESOLUCIONES CRONOLÓGICAS.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid de fecha 07-10-2016

I.- Por el Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez) se ha elevado a este Juzgado expediente-propuesta de suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad Condicional en favor del penado F.M., extranjero con nacionalidad italiana, condicionada a que la disfrute en su país de origen por razón de las causas:

– Ejecutoria 48/2013 la sección 6ª de la audiencia provincial de Madrid.

II.- Se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, en fecha 3/10/2016 para que informara con carácter urgente, habiéndose sido reclamado dicho informe en fecha 06/10/16, al no haberse recibido, requerimiento efectuado al Fiscal para que informara en ese día bajo apercibimiento de ser precluido el trámite, y habiéndose reclamado el día 7/10/2016 al no haberse informado en plazo el Fiscal.

Razonamientos jurídicos

I.- Respecto a la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la LO. 1/2015, de modificación del Código Penal, que no contiene norma transitoria referente a las normas de ejecución, conviene hacer algunas precisiones jurídicas, pero partiendo de la base de que lo que debe fundamentarse es la aplicación de una legislación derogada, cuando no existe ninguna norma jurídica ni disposición transitoria en la LO 1/2015 que autorice la misma, no pudiendo considerarse como tal la Circular 3/2015 de la Fiscalía Gene-

ral del Estado, alegada en algunos casos por el Ministerio Fiscal, que guarda silencio, sobre la aplicación transitoria de la reforma introducida en el Código penal por la L.O. 1/2015 en relación con las normas de ejecución, y que además no es fuente de Derecho.

Las normas referentes a la libertad condicional no cabe ninguna duda de que son normas de ejecución, no son normas penales sustantivas, concepto que reserva exclusivamente a las normas que definen conductas delictivas a las que anudan penas y por ello no les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 2 del Código Penal, tanto en relación con el principio de legalidad penal como en su funcionamiento temporal, al establecer la retroactividad favorable al reo.

Como señala el Tribunal Supremo en las sentencias de fechas 17/05/12, 13/03/13, 27/06/13 y 29/01/15, no toda la estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. En definitiva, encontrándonos en fase de ejecución las normas que se deben de aplicar son aquellas vigentes al tiempo de decidir.

La libertad condicional es una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, cuyas circunstancias y características, pueden ser moduladas por el legislador, puesto que no constituyen una redefinición de la pena.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 señala que cuando la naturaleza y finalidad de la medida se refieren a la remisión de una condena o el cambio del régimen de excarcelación anticipada, no forman parte de la “pena” según el sentido del artículo 7 (véase, entre otros precedentes, Hogben; Hosein; L-G.R. v. Suecia, nº 27032/95, decisión de la Comisión de 15 de enero de 1997; Grava; Uttley; Kafkaris; Monne v. France (dec), nº 39420/06, 1 de abril de 2008; M. v. Alemania; y Giza v. Polonia (dec), nº 1997/11, apartado 31, 23 de octubre de 2012). Por ejemplo, en el asunto Uttley el Tribunal declaró que las modificaciones de las normas sobre excarcelación anticipada introducidas después de la condena del recurrente no se le habían “impuesto”, sino que formaban parte del régimen general aplicable a los reclusos y, lejos de ser punitivas, su naturaleza y finalidad tendían a permitir la excarcelación anticipada, de modo que no podrían calificarse

de intrínsecamente “severas”. Por consiguiente, el Tribunal consideró que la aplicación al recurrente del nuevo régimen de excarcelación no formaba parte de la “pena” impuesta.

Conforme a los parámetros indicados por la doctrina del TEDH, no cabe entender que la aplicación de la norma vigente al momento de la toma de decisión sobre la concesión de la libertad condicional constituya una aplicación retroactiva de ley penal desfavorable al no formar las previsiones sobre libertad condicional parte de la pena.

En este sentido se han pronunciado ya la Sección 2a de la Audiencia Provincial de Valencia en auto 701/2015, de 5 de octubre, o la Sección 1a de la Audiencia Provincial de Valencia en auto 2134/2015, de 30 de julio, o el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia en auto de fecha 28 de septiembre de 2015, o el Juzgado de lo Penal nº 4 de Gerona en auto de fecha 12 de agosto de 2015, todos ellos recaídos resolviendo recursos de apelación.

En consecuencia, pretender seguir aplicando una norma derogada es tanto como querer hacer prevalecer la voluntad de juez sobre la del legislador ante una modificación legislativa que no gusta, pero esta postura aparta al Juez de su función de aplicación de las leyes en los términos que las define el legislador.

II.- Reuniendo la propuesta los requisitos exigidos por los artículos 90.2 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO. 1/2015, de 30 de marzo, y 197.1 del Reglamento Penitenciario, procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobar la propuesta de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de libertad condicional en favor del penado, condicionada a la cumpla en su país de origen, debiendo hacerse efectiva una vez cumplidas las 2/3 partes de la condena, 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 citada fecha no pudiera hacerse efectivo el desplazamiento a su país deberá ser retenido en el Centro Penitenciario hasta el momento en que sea posible.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.5 in fine del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO. 1/2015, de 30 de marzo, el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena

pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computara desde la fecha de puesta en libertad del penado.

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

Parte dispositiva

Se suspende la ejecución del resto de la pena y se concede la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes al penado F.M., por un plazo de 2 años y 2 meses, 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.

Informe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid, sección de cooperación internacional de fecha 13-10-2016

El Fiscal, en el procedimiento Expte. 440/2015 y notificado del Auto de 7 de octubre de 2016 en fecha 10 de octubre de 2016, mediante el presente escrito INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN DIRECTO contra el mencionado Auto en base a lo dispuesto en la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los siguientes argumentos:

1º.- La resolución recurrida acuerda la concesión al penado de nacionalidad italiana F.M. de la libertad condicional al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.2 y concordantes y artículo 197 del Reglamento penitenciario, condicionada a que cumpla la libertad condicional en su país de origen.

El mismo Auto recurrido en su apartado II de Razonamientos jurídicos afirma que la libertad condicional concedida “se hará efectiva una vez cumpla las 2/3 partes de la condena, 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 citada fecha no pudiera hacerse efectivo el desplazamiento a su país deberá ser retenido en el Centro Penitenciario hasta el momento que sea posible.”

El auto nada ordena, ni menciona si quiera , en cuanto a la iniciación de los trámites previstos en el Ley de Reconocimiento Mutuo (Ley 23/2014) en su título IV, siendo dichos trámites preceptivos para el cumplimiento de la libertad condicional en otro país de la Unión Europea.

Italia ha implementado la DM 2008/947/JAI de 27 de noviembre relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas por ley de 29 de marzo de 2016 por lo que resulta de aplicación el título IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo en las relaciones con Italia y ha designado como autoridad competente para la transmisión y la recepción de las resoluciones de libertad vigilada al Ministerio de Justicia.

En estas circunstancias, estando en vigor la Ley de Reconocimiento Mutuo, no se puede, sin más trámite, autorizar su cumplimiento en el extranjero, sino que la Ley de Reconocimiento Mutuo exige la cumplimentación del certificado previsto en el anexo IV y la tramitación conforme a las normas previstas en el título IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

El artículo 93.1 a) de la citada ley prevé su aplicación en los casos de resolución firme en la que se imponga en relación a una persona física, de una pena o medida privativa de libertad o alguna de las previstas en el artículo 94, cuando en relación a su cumplimiento se acuerde la libertad condicional sobre la base de dicha sentencia.

Una vez aprobada la Ley de Reconocimiento Mutuo, que implementa e incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico la DM 2008/947/JAI relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, resulta de obligado cumplimiento cuando se trate de ciudadanos comunitarios cuyo Estado, como en este caso, haya también implementado e incorporado a su derecho dicha DM. No puede ser de otra manera so pena de conculcar el principio de legalidad y el principio “iura novit curia”.

Como dice la Magistrada en el mismo auto recurrido, la libertad condicional “es una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión”, pero en ningún caso, un no cumplimiento, que es lo que se produce cuando no se vigila dicho periodo de cumplimiento ni por la autoridad judicial española

ni por la competente del país donde resida el condenado. En estos casos se convierte en un privilegio casi de impunidad.

Por lo expuesto, procede declarar la nulidad del Auto recurrido y ordenar el inicio de los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo o sin que en ningún caso la demora en el cumplimiento de dichos trámites deba perjudicar, no obstante, la obtención de la libertad condicional a que tenga derecho el condenado si bien vigilada en España mientras se materializan los trámites.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª de fecha 03-11-2016

Hechos

PRIMERO.- Por auto de fecha 07.10.16, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid suspendió la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplir y concedió la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes del interno, F.M., por un plazo de dos años y dos meses, en los términos en que había sido propuesta y condicionada a que la disfrute en país de origen.

SEGUNDO.- Contra dicho auto el Fiscal interpuso recurso directo de apelación, que fue admitido a trámite por providencia de 13-10-2016.

TERCERO.- 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, en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- El Fiscal no cuestiona la procedencia de la libertad condicional concedida al penado, pero entiende que antes de que se lleve a cabo el desplazamiento al extranjero deben iniciarse los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo (Ley 23/2014 para el cumplimiento de la libertad condicional en otro país de la Unión Europea, teniendo en cuenta la implementación por Italia de la DM 2008/947/JAI, de 27 de noviembre,

relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas por Ley de 29 de marzo de 2016 siendo la autoridad competente para la transmisión y la recepción de las resoluciones de libertad vigilada, el Ministerio de Justicia y eligiéndose la cumplimentación del certificado previsto en el anexo IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

SEGUNDO.- Examinados los argumentos desarrollados por el apelante, consideramos que debe precederse de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, por resultar ajustado a derecho, sin que ello conlleve la nulidad de la resolución impugnada, según lo solicitado, sino únicamente su complemento en cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo y, en tal sentido, el recurso ha de ser estimado.

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

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

En atención: a todo lo expuesto, LA SALA DISPONE:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, en el sentido expresado en el razonamiento jurídico segundo y, en consecuencia, ordenamos que se complete el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid y que se dé inicio a los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid de fecha 26-11-2016

Hechos

I.- El presente asunto se inició en ejecución del auto nº 5296/2016 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2016, referente al interno F.M. del Centro Penitenciario de Madrid VI

Aranjuez, que ante la solicitud del disfrute del periodo de suspensión y libertad condicional en su país de origen Italia, obliga a iniciar los trámites de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea, como había solicitado el Ministerio Fiscal al recurrir en apelación.

II.- Se solicitaron informes a fin de acreditar la vinculación del interno con su país, así como si tiene causas pendientes en España, recabándose el consentimiento del interno.

Razonamientos jurídicos

I.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de 2014, y 5.1 de la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, la transmisión de una resolución de libertad vigilada, en los términos que la definen los citados textos normativos, “podrá” realizarse por la autoridad competente del Estado de Emisión, mientras que el reconocimiento y ejecución de una resolución debidamente transmitida por la autoridad competente de otro Estado es obligatorio (“reconocerán y ejecutarán”) cuando hayan sido transmitidas correctamente y no concurra ningún motivo tasado de denegación del reconocimiento y la ejecución. Es decir, mientras la transmisión es potestativa, el reconocimiento y ejecución es obligatorio.

II.- Para que pueda transmitirse una resolución de libertad vigilada, ésta debe haberse adoptado en “resolución firme” (artículos 93 de la Ley 23/2014 y 2.6) de la Decisión Marco 2008/947/JAI), por lo que no pueden iniciarse los trámites de transmisión hasta, que, en nuestro caso, la resolución de libertad condicional haya adquirido firmeza, por lo que cuando lo pidió en el presente expediente el Ministerio Fiscal en vía de recurso contra la decisión de libertad condicional, en fecha 13 de octubre de 2016 y sin que con anterioridad al pronunciamiento del Juzgado hubiera solicitado nada, no se podía ni solicitar ni iniciar los trámites, porque habla que haber esperado a la firmeza de la resolución de libertad condicional que no tuvo lugar hasta el día 3 de noviembre de 2016.

III.- En la regulación que se realiza de la transmisión de resoluciones de libertad vigilada, en las que se integran las decisiones sobre libertad condi-

cional, en el Título IV de la mencionada Ley 23/2014 (artículos 93 a 100), y en la Decisión Marco 2008/947/JAI, queda patente que lo que se transmite no es tanto la ejecución de la decisión de libertad condicional sino las concretas reglas de conducta a las que se condiciona aquélla, y que enumera en el artículo 94 que establece que son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes las siguientes medidas de libertad vigilada:

A) La obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo.

B) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o de ejecución.

C) La imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución.

D) Los requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites o determinen modalidades del ejercicio de una actividad profesional.

E) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.

F) La obligación de evitar todo contacto con determinadas personas.

G) La obligación de evitar todo contacto con determinados objetos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales.

H) La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación.

I) La obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad.

J) La obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada.

K) La obligación de someterse a un tratamiento terapéutico o de deshabitación.

IV.- El efecto fundamental que conlleva la transmisión de la resolución de libertad vigilada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99 de

la Ley 23/2014 y 7 de la Decisión Marco 2008/947/JAI, es que la competencia de la autoridad competente del Estado de emisión (España) cedería en favor de la del Estado de ejecución, tanto para la ejecución de las medidas como para la adopción de las decisiones que conlleve el incumplimiento de las mismas que se regirán por la legislación del país al que se ha transmitido, si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 de Decisión Marco 2008/947/JAI cuando la persona se “fugue” o “deje de tener su residencia legal habitual en el Estado de ejecución”, dicha competencia retornará a la autoridad del Estado de transmisión.

V.- En el caso que nos ocupa el auto de fecha 7 de octubre de 2016 por el que se concede la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional adelantada a las 2/3 partes, autorizando el disfrute en el país de la nacionalidad del penado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, previa conformidad del interno, precepto vigente que no ha sido derogado ni se opone a ninguna norma de rango superior, no se impone ninguna de las medidas a que hace referencia el anterior razonamiento jurídico que permitan transmitir su ejecución al país de disfrute de la suspensión y libertad condicional (durante el cual con arreglo a la nueva naturaleza derivada de la reforma operada por la L.O. 1/2015 no se está cumpliendo ninguna pena sino que ésta queda suspendida por un plazo), pues simplemente lo que se autoriza es a disfrutarla en su país, sin imponer ninguna limitación de desplazamiento, incluso a otros países, más allá de la implícita prohibición de entrada en territorio español durante el plazo de la suspensión y libertad condicional.

Además carecería de sentido transmitir su ejecución a otro Estado, puesto que si se incumple la prohibición de entrada en España, es porque el interno es detectado en España y, por tanto, se ha fugado del Estado de ejecución, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 de Decisión Marco 2008/947/JAI, antes transcrito, la competencia retornaría a la autoridad del Estado de transmisión, en este caso, al Juez de Vigilancia Penitenciaria español que concedió la libertad condicional, que debería revocar la misma al no haberse cumplido la condición que se impuso al penado, lo que hasta el momento se ha venido haciendo, sin ningún problema al comunicarse estas decisiones a la Policía, para que ponga en conocimiento del Juzgado si durante el plazo de la misma detectan la presencia en España del penado. Sería absurdo que en tales casos la Policía española tuviera que dirigirse a la autoridad de otro Estado.

Por tanto, no existe ninguna justificación para pedir la cooperación judicial de las autoridades de otro Estado cuando las autoridades españolas pueden garantizar el cumplimiento de la prohibición impuesta.

VI.- En consecuencia, se deniega la tramitación del Instrumento de reconocimiento mutuo que se solicita al carecer de objeto porque no se ha impuesto ninguna de las medidas que pueden ser transmitidas, y no existir ningún inconveniente en que las autoridades españolas controlen la ejecución de la libertad condicional concedida por resolución firme.

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

Parte dispositiva

Se deniega la transmisión a Italia de la ejecución del auto de este Juzgado de 7 de octubre de 2016, de suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional a las 2/3 partes, concedida al interno F.M. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, en base a los razonamientos jurídicos de esta resolución.

CAPÍTULO XIII

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

116.- SENTENCIA 161/2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 03/10/16

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho de presunción de inocencia y anulación del acuerdo sancionador.

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6526-2013, promovido por don J. M. M. C., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Gema Carmen de Luis Sánchez y asistido por el Abogado don Ignacio Ganso Herranz, contra el acuerdo de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid IV (Navalcarnero), de 26 de junio de 2013, recaído en el expediente disciplinario núm. 486-2013, y contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid de 29 de agosto y 7 de octubre de 2013 (asuntos núm. 3579-2013 y 4523-2013), que confirmaron en alzada y en reforma, respectivamente, el citado acuerdo. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1.- Mediante escrito presentado el 5 de noviembre de 2013 en el centro penitenciario de Madrid IV, recibido en el Registro General de este Tribunal el 8 de noviembre del mismo año, don J. M. M. C. manifestó su voluntad de interponer recurso de amparo contra las resoluciones que se citan en el encabezamiento. En el mismo escrito solicitaba el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para formular la demanda

de amparo, siendo designados doña Gema Carmen de Luis Sánchez como Procuradora y don Ignacio Ganso Herranz como Abogado. Tras las referidas designaciones, el 13 de marzo de 2014 se presentó la demanda de amparo en el Registro General de este Tribunal.

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

a) La funcionaria de prisiones destinada en el departamento «Cámaras de Control» suscribió un parte informativo fechado el 8 de junio de 2013 al director del Centro Penitenciario de Madrid IV en el que refería lo siguiente: «Me informa el funcionario del módulo 7 que ha observado como el interno M. C. J. M. (...) sobre las 9:30 horas está realizando una llamada telefónica desde la cabina situada en el patio del módulo cuando al parecer tenía todas las llamadas semanales realizadas... nuevamente, sobre 17:20 horas, se informa a este departamento por el funcionario del módulo 7 que el interno M. C. J. M. se encuentra utilizando la cabina de teléfono del patio». Junto al parte se adjuntan listados de registros telefónicos, donde constan las llamadas realizadas en torno a las horas referidas (9:31, 17:19 y 17:21), el nombre de los tres internos titulares de las tarjetas con las que se hicieron las llamadas así como que las tres llamadas se hicieron a tres números distintos, cada uno de los cuales figuraba en el listado de números autorizados a cada uno de esos internos y no en el de números autorizados al recurrente.

b) El citado parte se elevó al director por el jefe de servicios y dio inicio al expediente disciplinario por acuerdo de 11 de junio de 2013. En el pliego de cargos se recogen como hechos que el 8 de junio de 2013 «el funcionario de control de cámaras observa al interno M. C. J. llamando desde una cabina del patio del módulo cuando ya tenía todas sus llamadas semanales realizadas. Se comprueba en el sistema informático que las llamadas fueron realizadas a nombre de otros tres internos. Los hechos se califican como dos posibles faltas graves recogidas en el artículo 109 b), desobedecer órdenes de funcionarios o autoridad y en el artículo 109 h), divulgación de noticias falsas, ambos 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), en relación con cada una de las cuales cabe imponer como sanción la privación de paseos y ac-

tos recreativos comunes de tres a treinta días (artículo 233 del Reglamento Penitenciario).

c) El 12 de junio de 2013 se notificó el pliego de cargos al recurrente, que manifestó su intención de alegar verbalmente al instructor. En el pliego de descargo presentado el 17 de junio de 2013 opuso que en el patio no hay cámaras y, por tanto, no se explica cómo el funcionario de control de cámaras pudo identificarlo en medio de los presos, incluso con su nombre. Tampoco entiende por qué no le cogió el funcionario de cabina si observó su reiterado incumplimiento, si bien reconoce que ese día introdujo su tarjeta a fin de comprobar que no le quedaban llamadas (sic). Asimismo, manifestó su incompreensión por la imputación de la falta de divulgación de noticias falsas del artículo 109 h) del Reglamento Penitenciario. En el pliego solicitó la comprobación de que los números a los que supuestamente llamó se activaron antes de su ingreso en el módulo, una relación de la compra de peculio de la semana en lo referido a la compra de tarjetas y copia de todas las actuaciones. En sus alegaciones verbales ante el instructor reiteró sus argumentos de descargo.

Conforme refleja la diligencia del trámite de audiencia, no se practicó actuación ulterior ni se acordó motivadamente la desestimación de la prueba propuesta.

d) La comisión disciplinaria del centro, tras oír al recurrente manifestando que los internos tenían activados los números de teléfono de las llamadas cuestionadas hace un año, fecha en la que no estaba él, acogió la propuesta del instructor. En su acuerdo sancionador de 26 de junio de 2013 fijó como hechos probados los recogidos en el pliego de cargos, declaró al recurrente autor de las faltas graves tipificadas en los apartados b) y h) del artículo 109 del Reglamento Penitenciario y le impuso la sanción de 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes por cada una de ellas.

e) Contra dicho acuerdo el recurrente interpuso recurso de alzada, en el que negó haber realizado los hechos y formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones: (i) el pliego de cargos adolece de imprecisión en los hechos, pues no indicaba en qué cabina del patio y hora fueron efectuadas las llamadas, sorprendiéndole que le capten unas cámaras del patio de módulo, ya que no existen las cámaras ni el control de la mismas; (ii) el día 8 de junio de 2013 no efectuó llamadas por no tener ninguna disponible, según comprobó por medio de una cabina del patio, y menos aún en nombre de

los internos indicados, cuyos números de identificación desconoce; (iii) no comparte la calificación de los hechos, pues no pudo desobedecer una orden inexistente, como exigiría el artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario, ni comprende la relación de los hechos probados con la falta del artículo 109 h) del Reglamento Penitenciario de divulgar noticias falsas; (iv) la inadmisión de algunas de las pruebas propuestas, el hecho de no haberse atendido la solicitud del pliego de descargo de que le fuera entregada copia de las actuaciones y de presencia de su letrado le impidió ejercer su derecho de defensa; (iv) ante las mencionadas omisiones, aduce la necesidad de que se practique prueba: a) de la situación de las cámaras en el módulo, b) nombre del funcionario del control de cámaras y su interrogatorio para indagar cómo pudo reconocerlo, c) fecha de la activación de los números telefónicos a los que se realizaron las llamadas por los internos referidos para determinar si es anterior a su presencia en el módulo o se hizo estando en otros módulos, d) declaración de dichos internos o copia de sus declaraciones a efectos de conocer si fueron ellos los que llamaron, e) copia del movimiento del peculio a efectos de comprobar la compra de tarjetas telefónicas y cantidad de las mismas respecto de él mismo y de los otros internos indicados, f) comprobación de si, después de su traslado de módulo, dichos números siguen siendo utilizados por los internos autorizados.

Finalmente, solicitó, con cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981 y 13/1982, la estimación del recurso, pues, sostiene, se le vulneró el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la prueba, así como el derecho a la defensa por habersele negado el asesoramiento legal previsto en el artículo 24.2 i) del Reglamento Penitenciario, tal y como lo solicitó en el pliego de descargo. Asimismo alegó, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española por no habersele permitido el acceso al material probatorio de cargo, en concreto, al parte del funcionario.

f) El recurso de alzada fue desestimado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid mediante Auto de 29 de agosto de 2013, cuyo razonamiento jurídico tercero expresa que «a la vista de las actuaciones practicadas en el presente expediente, debe estimarse suficientemente acreditada la comisión de los hechos que dieron lugar a la sanción impuesta, pues como es sabido los datos aportados por los funcionarios en los partes poseen una especial incidencia cuantitativa y cualitativa. Se trata de docu-

mentos que tienen un valor superior al de la mera denuncia y han sido tenidos en consideración como prueba de cargo por esta Juzgadora, a la luz de lo actuado en el expediente sancionador y, todo ello, de conformidad con el criterio sentado por el artículo 137.3 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, directamente aplicable conforme lo prevenido en el artículo 232 del Reglamento Penitenciario». Añade la Magistrada in fine la afirmación, sin ulterior desarrollo, de que la calificación de los hechos es correcta.

g) El recurrente presentó recurso de reforma, donde invoca la vulneración de sus derechos fundamentales de audiencia y defensa, a utilizar los medios de prueba para su defensa, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (todos del artículo 24.2 de la Constitución Española).

En su escrito comienza interesando que se tengan por reproducidas en su integridad las alegaciones y fundamentos expresados en el recurso de alzada, pues entiende que no quedan desvirtuados por los argumentos del Juzgado, que se limita a aceptar, acriticamente, los datos que figuran en el parte disciplinario del funcionario, marginando otros mucho más relevantes que obran en el expediente, sin entrar a examinar el fondo de la cuestión, esto es, que los hechos que se le imputan sean veraces y estén acreditados con prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Acto seguido denuncia que en la tramitación del expediente sancionador se le ha privado de su derecho de audiencia, defensa y contradicción en cuanto se le impidió utilizar los medios de prueba para su defensa, al denegarse por la comisión disciplinaria en la fase de instrucción las pruebas periciales y documentales solicitadas, sin que el Auto impugnado haga referencia a ello, pese a haberse denunciado así en el recurso de alzada y haberse reiterado en él la solicitud de su práctica, sobre cuya admisión no se pronuncia en absoluto. La petición vuelve a realizarse en el recurso de reforma, solicitando al efecto: a) requerir al Centro Penitenciario la entrega de la cinta videográfica de la grabación del día 8 de junio de 2013 realizada por el funcionario del control de cámaras que manifestaba haber observado al recurrente realizando las llamadas desde la cabina del módulo 7; b) testifical de los internos que supuestamente facilitaron las llamadas telefónicas; c) certificado del Centro Penitenciario sobre las fechas de alta de los número a los que se dice llamó y su fecha de ingreso en el centro; d)

copia de los contratos de los números de teléfono que guardan relación con las llamadas realizadas; e) certificado del extracto de la cuenta del peculio de los internos a efectos de comprobar si se realizó la compra de tarjetas telefónicas en volumen excesivo o anormal o superior al importe normal de las diez llamadas autorizadas por el centro.

Además de esa ausencia de pronunciamiento sobre las pruebas propuestas, el recurrente reprocha al Juzgado haber dado por bueno el parte del funcionario sobre la base de la presunción de veracidad del mismo, no sustentada por prueba documental, pericial o testifical, y sin haber practicado una sola actuación, convirtiendo la versión del funcionario en inatacable y vaciando de contenido el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 de la Constitución Española), al transformarlo en presunción de culpabilidad, donde es el acusado quien debe soportar la carga de la prueba.

Alega por último que su derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española) resultó igualmente mermado, ya que no se accedió a su petición de ver el expediente administrativo a fin de realizar el pliego de descargo.

h) El recurso de reforma fue desestimado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid mediante Auto de 7 de octubre de 2013, cuyo razonamiento jurídico único fundamenta tal decisión como sigue: «Examinados los motivos del recurso de reforma ... y revisadas las actuaciones, no concurren circunstancias distintas a las ya valoradas o de entidad suficiente para modificar el contenido del auto dictado dando por reproducido el contenido del mismo; por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso y mantener lo acordado».

3.- El recurso de amparo plantea la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española), que atribuye tanto al acuerdo sancionador dictado por la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid IV (Navalcarnero) como a los Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid. El demandante desarrolla su queja en dos líneas, que convergen en cuestionar el parte del funcionario como prueba de cargo y denunciar, a la postre, que no existe prueba de la realización de los hechos que se le atribuyen suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia.

De un lado, recuerda que las resoluciones judiciales impugnadas sustentan la decisión de confirmar el acuerdo sancionatorio en la suficiencia del parte del funcionario como prueba de cargo en tanto tiene un valor superior al de mera denuncia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, opone el recurrente, la presunción de veracidad establecida en dicho precepto no sería aplicable en este caso, ya que la funcionaria que expidió el parte que dio lugar al expediente sancionador y finalmente fue la prueba de cargo decisiva no tiene la condición de autoridad en el ámbito administrativo, pues ninguna norma se lo reconoce así. Dado que no se motiva de otro modo la certeza sobre el contenido del parte, ni siquiera ratificado por la funcionaria firmante a pesar de la expresa negativa de los hechos manifestada desde el principio por el recurrente, y que no se ha practicado mayor prueba para acreditar los hechos que sustentaron la sanción, concluye el recurrente que la atribución de veracidad a los hechos afirmados en el mismo vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

De otro lado, pone de manifiesto que los funcionarios del módulo 7 sobre cuya observación se incoó el parte que dio lugar a la sanción, y que comunicaron los hechos a la funcionaria ubicada en el control de cámaras que formuló el parte, no suscribieron dicho parte conjuntamente ni lo ratificaron (no fueron llamados a declarar), de modo que la intervención de la funcionaria firmante del parte puede calificarse como «de referencia», sin que pueda ser el único sustento de la sanción cuando podía haberse producido el testimonio directo de los funcionarios que dicen haber presenciado los hechos.

El demandante justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en dos cuestiones de interés para la determinación y alcance del derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre las que estima que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado. La primera sería determinar si la presunción de veracidad recogida en el artículo 134.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común requiere que el funcionario tenga la condición de autoridad y si, en el ámbito administrativo penitenciario, los funcionarios pertenecientes al cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias pueden ser considerados como autoridad a tales efectos. La segunda cuestión estriba en determinar la eficacia probatoria de los partes en que el funcionario consigna lo conocido por terceros funcionarios, sin que esos terceros com-

parezcan, y ello al margen de si los partes de los funcionarios de prisiones tienen presunción de veracidad o no.

4.- La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 23 de octubre de 2014, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, constando en el recurso las actuaciones remitidas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4, conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación al mismo a fin de que emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

Asimismo, se acordó la formación de pieza separada de suspensión. Por Auto de 1 de diciembre de 2014, la Sala Segunda de este Tribunal acordó suspender la ejecución o, en su caso, los efectos que pudieran derivarse de las sanciones disciplinarias impuestas al demandante.

5.- Por diligencia de ordenación de 5 de enero de 2015 se acordó tener por personado y parte al Abogado del Estado y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dar vista de las actuaciones por plazo común de 20 días al Ministerio Fiscal y las partes personadas para que, dentro de dicho término, pudiesen presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

6.- El Abogado del Estado, en escrito registrado el 5 de febrero de 2015, solicitó que se desestimara la demanda de amparo al no concurrir la lesión del derecho a la presunción de inocencia aducida por el recurrente. Su argumentación se centra primero en el valor probatorio del parte informativo, al que entiende aplicable el artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y califica de documento público administrativo a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para concluir después que la aportación de datos o narración de hechos efectuada por la funcionaria de vigilancia del centro penitenciario es un elemento de prueba de cargo suficiente conforme a una valoración por parte del órgano judicial que entiende implícita.

A juicio del representante del Estado, para la efectividad jurídica del artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no es preciso que el funcionario tenga la condición de agente de la autoridad conforme a una declaración expresa de la ley, sino que lo decisivo es que se trate de funcionarios

propriadamente dichos, esto es, que lleven a cabo funciones que suponen la participación per se en el ejercicio de potestades públicas, que es lo que diferencia al funcionario del empleado público en régimen laboral conforme al artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Resalta que tal condición concurre en los funcionarios de prisiones de acuerdo con el artículo 80.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, quienes ejercen funciones de vigilancia por mandato de los órganos administrativos competentes investidos por la ley para ejercer la disciplina y funcionamiento de los centros penitenciarios, como el director o la Secretaría de Estado de Instituciones Penitenciarias, que son depositarios de las funciones que presuponen el desempeño de potestades exclusivas del poder público.

El Abogado del Estado insiste en que la potestad de inspección y de vigilancia coactiva constituyen actividad administrativa ordinaria de intervención, limitadora de derechos y vinculada al principio de prevención como principio general del ordenamiento jurídico, máxime en un ámbito de relaciones jurídicas de sujeción especial como es el que mantienen las personas sujetas a penas privativas de libertad y la Administración Penitenciaria. Acto seguido recuerda que el Tribunal Constitucional ha señalado que la actividad de inspección cumple una función pública de investigar y documentar el resultado de las averiguaciones, como medio de prueba en un procedimiento posterior, sancionador o incluso penal, que debe dotarse para su eficacia de medios idóneos de constancia de los hechos acaecidos. Desde tal premisa, el representante del Estado sostiene que las actuaciones previas de comprobación de hechos se vierten en documentos con la consideración legal de documento público administrativo, por razón de la naturaleza de la relación en cuyo seno se generaron y de la condición de su emisor. Así, continúa argumentando, el parte, a efectos de prueba, es un documento que testimonia unos hechos y está dotado de especial credibilidad jurídica en tanto que emitido por el funcionario competente y con los requisitos legalmente exigibles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los artículos 317.5 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La imparcialidad y especialización del funcionario y la propia presunción de legalidad del acto administrativo justifican el valor probatorio del documento.

Desde la consideración de que el parte escrito merece la consideración de documento público administrativo, y por ello es acertada la credibilidad que le ha otorgado el Auto de 29 de agosto de 2013 impugnado, defiende la suficiencia del parte como prueba de cargo junto con el listado de llamadas indicativo de que fueron realizadas a nombre de otros internos y el reconocimiento del recurrente de que no le quedaban llamadas disponibles. Estima el Abogado del Estado que el órgano jurisdiccional desestimó tácitamente la práctica de otras pruebas, por no considerarla oportuna en tanto que, a su juicio, si bien no se dice nada, atendidas las circunstancias, era fácilmente deducible que las pruebas propuestas no añadirían elementos relevantes o fiables para acreditar lo contrario, argumento que desarrolla en un análisis detenido sobre las hipotéticas razones que, a su entender, así lo indicarían.

Por último, destaca que, incluso en el caso de que, a efectos dialécticos, no se admitiese la mayor credibilidad jurídica del parte del funcionario, se habría fundado en una prueba testifical que el órgano jurisdiccional ha considerado suficiente, que es cualificada, con independencia del carácter o no de agente de la autoridad del funcionario que emitió el parte. La preferencia otorgada por el órgano jurisdiccional a ese elemento de prueba, de una mayor credibilidad circunstancial en un momento dado, en tanto que desestima otros posibles propuestos, no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, destruida por la información ocular documentada, facilitada por el funcionario vigilante a través del parte escrito aportado a los autos. A estos efectos aclara que «no estamos ante la necesidad de una eventual ratificación en un juicio oral penal, sino ante la actividad judicial de confirmación o revocación por parte de la autoridad judicial de la sanción impuesta por la autoridad administrativa, en este ámbito específico de la relación de sujeción especial penitenciaria, en la que el legislador ha optado por judicializar el ejercicio de la potestad disciplinaria».

7.- La representación procesal del recurrente dio cumplimiento al trámite de alegaciones conferido mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2015, donde vuelve a cuestionar el valor probatorio otorgado al parte de la funcionaria como origen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Reitera que no puede atribuirse presunción de veracidad al parte con apoyo en el artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en tanto la funcionaria no tiene carácter de autoridad conforme a la legislación penitenciaria vigente y ninguna norma específica ha atribuido presunción de

veracidad a sus manifestaciones como sí se hace respecto a otros cuerpos de la Administración. A continuación recuerda que el parte no está suscrito por los funcionarios testigos de los hechos narrados en él, por lo que, aun en el caso de aceptar la presunción de veracidad, no operaría respecto a hechos no percibidos directamente por el funcionario actuante, como se sigue de la jurisprudencia sobre el valor de los atestados, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1988, FJ 5; 76/1990, FJ 8, y 35/2006, FJ 6. Concluye que se trataría de una suerte de «testimonio de referencia» que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional ampliamente citada, no puede erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

8.- El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 16 de febrero de 2015, interesó que se estimara el amparo solicitado con anulación de la resolución administrativa sancionadora y de las resoluciones judiciales impugnadas por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española), ya que el material probatorio en el caso no alcanza a enervarla.

Destaca que sólo existen dos elementos probatorios: el parte signado por la funcionaria que prestaba su servicio en el control de cámaras, que expresa lo narrado por los funcionarios en funciones de vigilancia en el módulo 7 sobre las llamadas realizadas por el recurrente, y los listados de llamadas en que consta la utilización del teléfono con cargo a la disponibilidad de tres internos distintos al sancionado. Estos últimos no permiten concluir unívocamente que las llamadas se hicieron por el recurrente, pues acreditan que se produjeron, pero no quién las realizó. Restaría únicamente el parte de la funcionaria, que no considera prueba de cargo suficiente por dos razones. En primer lugar, porque no cuenta con presunción de veracidad, ya que el artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común exige para ello la condición de autoridad del funcionario y los funcionarios del cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias carecen de tal condición, pues tras la derogación del Reglamento preconstitucional de los servicios de prisiones de 2 de febrero de 1956, que así lo recogía en su artículo 372, no existe norma legal que sustente tal condición, destacando que el vigente Reglamento de prisiones, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, no lo contempla.

En segundo lugar, porque el parte es una afirmación de referencia, pudiendo haberse firmado por los funcionarios que observaron los hechos

o haberlo corroborado mediante ratificación y expresa declaración, al ser fácilmente identificables y no existir impedimento para su testimonio directo. Al respecto sostiene que es aplicable, *mutatis mutandis*, la doctrina sobre el testimonio de referencia del Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, y 146/2003, de 14 de julio, FJ 6) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34; de 26 de abril de 1991, caso Asch, § 27), que exige para su admisibilidad como prueba de cargo que concurra una situación excepcional de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal aquí ausente. Todo ello, subraya el Ministerio Fiscal, con el añadido de que esa prueba obtenida sin garantías no pudo ser contradicha en ejercicio del derecho de defensa por la sistemática denegación indebida de las pruebas solicitadas por el recurrente en defensa de sus posiciones, lo que posibilitó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia denunciada.

Concluye que la vulneración del derecho del artículo 24.2 de la Constitución Española se ha producido por valorar como elemento probatorio de cargo decisivo –y, además, de modo improcedentemente cualificado por no ser aplicable el artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al carecer de la condición de autoridad o agente de la misma la autora del parte– las afirmaciones de un funcionario conocedor de los hechos por simple referencia, sin que ni tan siquiera fueran identificados, ni citados, ni se oyera en declaración a los observadores (testigos) directos de los mismos, y sin que se cumpla ninguna de las condiciones que la doctrina constitucional ha establecido para la validez del denominado «testimonio de referencia».

9.- Por providencia de 29 de septiembre de 2016 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 de octubre del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1.- Se impugna en el recurso de amparo el acuerdo de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid IV (Navalcarnero), de 26 de

junio de 2013, recaído en el expediente disciplinario núm. 486-2013, y los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid de 29 de agosto y 7 de octubre de 2013 (asuntos núm. 3579-2013 y 4523-2013) que confirmaron en alzada y en reforma, respectivamente, el citado acuerdo.

El actor considera vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, por cuanto el parte en el que se asienta la sanción no alcanza la condición de prueba de cargo suficiente para enervarla, pues no ostenta presunción de veracidad, al no ser la funcionaria autora del mismo autoridad o agente de la misma, y, en todo caso, recoge lo referido por otros funcionarios y no lo observado por la signataria, sin que se haya practicado ulterior prueba.

El Abogado del Estado rechaza la vulneración denunciada por entender que el parte sí goza de presunción de veracidad y especial valor probatorio conforme al artículo 137.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los artículos 317.5 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo en todo caso suficiente para fundar la imposición de la sanción como testifical cualificada.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado, ya que asiste la razón al recurrente, puesto que fue condenado con base en las afirmaciones de referencia vertidas por una funcionaria no dotada de la condición de autoridad o agente de la misma y sin que el parte fuera objeto de contradicción, esto es, sin que se den las circunstancias que avalarían la calidad de prueba de cargo válida y suficiente de ese parte.

2.- Conviene precisar, por lo que respecta al objeto del presente proceso constitucional, que, a pesar de que a lo largo del procedimiento administrativo y judicial se aducen diversas quejas de lesión de derechos fundamentales, en la demanda de amparo se plantea como motivo único la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Esa lesión, imputable inicialmente a la autoridad administrativa y no subsanada después por el órgano judicial, se concreta en el reproche de falta de prueba de cargo suficiente, por ser inidóneo para desvirtuar la presunción de inocencia el parte de la funcionaria con el que se inicia el procedimiento y dado que no se practicó prueba adicional alguna.

Si bien ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda que el recurso tenga especial trascendencia constitucional, su condición de requisito de admisión [artículos 49.1 y 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], y, por tanto, de orden público procesal, así como

exigencias de certeza y buena administración de justicia (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón c España*, § 46) obligan a explicitar su cumplimiento para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal (en idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 2).

La especial trascendencia constitucional del presente recurso de amparo se identifica con la relevancia de las cuestiones suscitadas en torno al valor probatorio de los partes de los funcionarios de prisiones y la definición de las garantías que deben satisfacer tales partes para poder enervar la presunción de inocencia en los procedimientos disciplinarios penitenciarios de modo que el recurso da ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 b)].

3.- A efectos de la resolución del presente recurso de amparo es necesario atender a las garantías del procedimiento disciplinario penitenciario y, en particular, a la doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia. Más precisamente, su objeto obliga a poner el acento en el valor probatorio del parte de prisiones y los requisitos de validez para que despliegue efectos probatorios de conformidad con la citada garantía del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, viene reiterándose por este Tribunal la aplicabilidad de las garantías contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española a los procedimientos administrativos sancionadores, en tanto que manifestación del ius puniendi del Estado, con las matizaciones que resulten del equilibrio entre su propia naturaleza y la necesidad de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución Española (entre muchas, Sentencias del Tribunal Constitucional 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 28/1989, de 6 de febrero, FJ 6; 3/1999, de 25 de enero, FJ 4; 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5; 205/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Por lo que atañe al procedimiento disciplinario penitenciario, se advierte que esas garantías operan con especial intensidad en tanto la sanción, que puede tener un fuerte componente aflictivo, supone una grave limitación de la ya restringida libertad inherente

al cumplimiento de una pena, y la incoación del expediente y eventual sanción repercute con mayor o menor intensidad en el régimen de vida y el tratamiento penitenciario, hasta el punto de condicionar el disfrute de permisos de salida o la progresión en grado. Como hemos repetido en multitud de ocasiones, la condición de interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar más limitación de sus derechos fundamentales que la expresada en el contenido del fallo condenatorio, la propia del sentido de la pena y la prevista por la ley penitenciaria conforme a lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española (ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; más recientemente, Sentencias del Tribunal Constitucional 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 3; 59/2011, de 3 de mayo, FJ 2, y 107/2012, de 21 de mayo, FJ 6).

En el desarrollo de tal doctrina, hemos precisado que toda manifestación del ejercicio del ius puniendi está condicionada por el artículo 24.2 de la Constitución Española al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones [Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b); 169/1998, de 21 de julio, FJ 2, y 40/2008, de 10 de marzo, FJ 2]. Por ello, entre las garantías ex artículo 24.2 de la Constitución Española aplicables sin excepción en los procedimientos sancionadores, y en el penitenciario en particular, se encuentra el derecho a la presunción de inocencia, invocado por el recurrente en el presente caso (por todas, en lo relativo al procedimiento disciplinario penitenciario, Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1995, de 20 de junio, FJ 4; 175/2000, de 26 de junio, FJ 5; 237/2002, de 9 de diciembre, FFJJ 3 a 5; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 5, y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6). El derecho a la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción y de la participación del sujeto en ellos recae sobre la Administración, no pudiendo imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, con prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales. En buena lógica, este Tribunal sólo podrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando se haya impuesto la sanción sin pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o sin observar las preceptivas ga-

rantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (específicamente respecto al ámbito disciplinario penitenciario, Sentencias del Tribunal Constitucional 346/2006, FJ 5, y 66/2007, FJ 6).

De entre esos contenidos del derecho fundamental interesa destacar ahora la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que pueda exigírsele a este una probatio diabólica de los hechos negativos (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4).

En este marco, hemos manifestado en distintas ocasiones que el parte emitido por los funcionarios de prisiones puede ser suficiente para que la Administración penitenciaria primero y el órgano judicial después puedan tener por desvirtuada la presunción de inocencia del sancionado, sin vincular esa eficacia a un reconocimiento específico en la normativa penitenciaria o a la previsión general del artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/1987, de 2 de diciembre, FJ 2.e; también en Sentencias del Tribunal Constitucional 74/1985, de 18 de junio, FJ 3; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4, y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6). Ello entronca con el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de que la aplicación matizada de las garantías procedimentales del artículo 24.2 de la Constitución Española al ámbito administrativo sancionador se proyecta en el derecho a la presunción de inocencia aquí invocado, donde los principios de publicidad, oralidad e intermediación vinculados a la validez de la prueba se relativizan, admitiéndose «la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4) o de los informes obrantes en autos (Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, FJ 8)» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de febrero[sic], FJ 10, y 242/2005, de 10 de octubre, FJ 5). En otras palabras, las exigencias constitucionales vinculadas a la presunción de inocencia no excluyen el valor probatorio de las actas, boletines, partes o informes

donde los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones.

Al respecto, sin embargo, se precisa de forma reiterada en nuestra jurisprudencia desde la inaugural Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), que si bien las constataciones documentales por funcionarios tienen un valor probatorio que va más allá de la denuncia, está excluida absolutamente su eficacia como una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza del contenido de los documentos. Se parte, por el contrario, de que el acta constituye un primer medio de prueba –que aporta la Administración– sobre los hechos que consten en ella, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba (Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, FJ 8; 14/1997, de 28 de enero, FJ 7; 169/1998, de 21 de julio, FJ 2, y 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6). Esa doctrina se ha proyectado no sólo a las actas o diligencias de inspección *stricto sensu* contempladas en una normativa sectorial específica de las que se ocupaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, sino, en general, «a las actuaciones administrativas, formalizadas en el oportuno expediente» (Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 4), incluidas las «declaraciones suscritas por los agentes de la autoridad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11). Incluso cuando se ha anclado normativamente al artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común aquí discutido, como ocurrió en el análisis de la eficacia probatoria de los boletines de denuncia de los agentes de la policía local (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6), se ha destacado que el valor probatorio que ese precepto atribuye a esos documentos sigue las pautas señaladas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990. Su valor estriba en ser una forma de iniciación del procedimiento y en aportar una prueba de cargo, que debe ser objeto de valoración junto con el resto de pruebas practicadas en el mismo plano y conforme a los mismos criterios de racionalidad, pudiendo ser prueba de cargo suficiente en vía administrativa, pero también en vía contencioso-administrativa sin necesidad de reiterarse, colocando al administrado en la tesitura de tener que abandonar su pasividad para evitar su sanción, que es lo que le permite la presunción de inocencia en tanto no exista esa prueba de cargo.

En síntesis, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, parece incontrovertido que los partes y boletines no son meras denuncias en el ámbito administrativo y contencioso administrativo, sino medios probatorios admisibles que pueden ser suficientes, en atención a las circunstancias del caso, para enervar la presunción de inocencia. Pero ese reconocimiento de relevancia probatoria a lo aseverado, en debida forma, por los funcionarios sería inconstitucional, por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, si llega al extremo de otorgarle «una fuerza de convicción privilegiada que llegara a prevalecer, sin más, frente a lo alegado por el expedientado o frente a cualesquiera otros medios de prueba o que se impusiera –incluso al margen de toda contraria alegación o probanza– sobre la apreciación racional que acerca de los hechos y de la culpabilidad del expedientado se hubiera formado la autoridad llamada a resolver el expediente» (Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11; citándola, Sentencia del Tribunal Constitucional 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 4). En línea con tales parámetros, la aceptación del parte informativo penitenciario como medio de prueba que puede ser suficiente está sujeta a la premisa de su juego en un contexto contradictorio donde opera la libre valoración de la prueba, sin que ostente un valor prevalente o, mucho menos, se presuma su suficiencia, que dependerá de las circunstancias (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2007 siguiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/1987; también al respecto, Sentencias del Tribunal Constitucional 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 6, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 5).

4.- Desde la premisa del reconocimiento de eficacia probatoria al parte informativo, corresponde detenerse ahora en el análisis de nuestra doctrina sobre las condiciones en las que un parte puede alcanzar esa eficacia.

Con carácter general, la declaración documentada de que se trate ha de reunir ciertas características de emisión y acceso al procedimiento sancionador que garanticen el respeto al derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa. Esas características la hacen merecedora de la calificación jurídica de prueba. Como es sabido, existirá una vulneración del derecho a la presunción de inocencia «cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes ‘hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías’» (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2007, FJ 6). En la traslación modulada de las garantías del artículo 24.2 de la Constitución

Española al orden administrativo, los valores que subyacen a los derechos fundamentales en juego exigen de las diligencias de prueba, frente a las mayores garantías en el proceso penal, «unas mínimas condiciones objetivas y subjetivas que hagan posible su fiabilidad. Y si las primeras parecen centrarse en su normatividad y en la posibilidad de contradicción, las segundas aluden a las características del sujeto que las practica», limitándose su valor probatorio a los hechos comprobados directamente por un funcionario (Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1998, de 16 de marzo, FFJJ 4 y 5). Esas exigencias conectan, de un lado, con el fundamento del valor probatorio de las actuaciones administrativas en cuestión, esto es, con el hecho de que tales documentos incorporen una verdadera actividad probatoria efectuada con intermediación por personal cualificado e imparcial referida a hechos objetivos. Así, la especialidad, imparcialidad y objetividad se vincula al estatus funcional, imprescindible cuando se ejercen potestades públicas, como es el caso de las funciones de vigilancia e inspección definitorias de la actividad administrativa en que se generan las diligencias (artículo 9.2 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público); y se circunscribe asimismo el valor probatorio a los hechos y datos objetivos comprobados directamente por el emisor [Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, FJ 8 b), o 70/2012, FJ 4], identificado y signatario del documento (Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1995, de 20 de junio, FJ 4). Y de otro lado, con la garantía de contradicción, principio esencial en todo procedimiento administrativo y, singularmente, del sancionador por mor de la vigencia en este ámbito del derecho a la presunción de inocencia.

En lo que atañe al parte informativo en el ámbito penitenciario, el respeto a la garantía de contradicción impone, en primer lugar, que el interno debe poder tener acceso al contenido de la denuncia cuando va a ser utilizado como material probatorio de cargo, por lo que se le debe dar traslado del contenido del parte junto con el pliego de cargos (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero, FJ 6, y 156/2009, de 29 de junio, FJ 4). Desde la perspectiva del derecho de defensa, este Tribunal ha especificado que «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 Constitu-

cional 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4; y 55/2006, de 27 de febrero, FJ 4)» (Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2009, de 29 de junio, FJ 3). En buena lógica, hemos concluido que este requisito viene colmado cuando la denuncia del funcionario viene transcrita en el pliego de cargos o, en general, el conocimiento del pliego por el interno aporta el conocimiento de los hechos objeto de la acusación, su calificación y la sanción propuesta, así como el de las pruebas en que se sustenta esa acusación, pues no existirá indefensión (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5, y 77/2008, de 7 de julio, FJ 2). Por el contrario, la falta de traslado del parte informativo, como expresión del derecho a acceder al material probatorio –y, con ello, de poder combatir su validez o suficiencia como prueba–, adquirirá relevancia constitucional cuando se cuestione el parte o la correspondencia entre su contenido y el del pliego de cargos, pues conlleva una situación de bloqueo en el acceso a una información precisa para garantizar el derecho de defensa, lo que repercutirá en la calidad del parte como prueba válida.

En segundo lugar, la posibilidad de contar con una prueba de cargo válida depende de que los hechos imputados con fundamento en el parte del funcionario puedan ser desvirtuados mediante prueba pertinente y relevante de descargo, para evitar partir «del erróneo principio de que el cargo determinado por el funcionario tiene una presunción iuris et de iure, y que al fin y a la postre no admite prueba en contrario» (Sentencias del Tribunal Constitucional 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 6, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 5). Aunque desde el derecho a la prueba, en estas resoluciones hemos indicado que, si se rechaza de forma irrazonable o arbitraria una prueba idónea dirigida a atacar el parte, se termina por hacer inútil el expediente sancionador, que queda prefigurado por el pliego de cargos, cuyo contenido viene fijado por el parte de forma irrefutable. Ya en el marco de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6, excluyó que la suficiencia del parte de incidencias para enervar la presunción de inocencia pudiera equipararse a la concesión de un valor probatorio irrefutable al testimonio del funcionario, poniendo el acento en que, en el caso analizado entonces, esa prueba de cargo no fue desvirtuada por el interno mediante prueba en contrario y en que las pruebas propuestas fueron denegadas motivada y razonablemente por el instructor del expediente.

En suma, sólo la efectiva posibilidad de contradicción, fruto de una posición informada de los hechos y su prueba y la oportunidad de acreditar una versión exculpatoria por medios idóneos y relevantes, incluida la intervención del autor del parte, ataja el riesgo de convertir el valor probatorio de las declaraciones del funcionario en una presunción inatacable de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia. En la medida en que la prueba contraria practicada no haya resultado idónea para desvirtuar la versión del parte de incidencias del funcionario, o, proponiéndose diligencias de descargo, no se acordaran razonablemente y de forma motivada, o, en fin, ni siquiera se intentara una actividad probatoria defensiva por el expedientado frente a la aportación probatoria incriminadora que encarna el parte, éste podrá alcanzar el estatus de prueba de cargo válida y suficiente a efectos sancionadores.

Por último, también en relación con el parte de incidencias penitenciario deben concurrir las condiciones objetivas, subjetivas y formales que sirven a la exigencia de inmediación y avalan la fiabilidad que fundamenta la admisión de valor probatorio de las denuncias y testimonios documentados de los funcionarios. Esto es, el valor del parte se extiende a los hechos presenciados por los funcionarios de prisiones (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/1987, FJ 2; y 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 5), de quienes es predicable imparcialidad en tanto que funcionarios públicos stricto sensu (artículo 80 de la Ley Orgánica general penitenciaria) con especialización en labores de custodia, vigilancia y mantenimiento del orden interno (artículo 64 del Reglamento Penitenciario) y con competencia normativamente atribuida para emitir partes (artículo 71.2 del Reglamento Penitenciario) cuando detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciario de una posible perturbación de la vida normal del Centro, que se plasmen en diligencias documentales con los requisitos mínimos de identificación del emisor firmante (Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1995, de 20 de junio, FJ 4), lugar y fecha.

En síntesis, la idoneidad del parte como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia depende de su validez, esto es, de que reúna los elementos subjetivos, objetivos y formales de credibilidad, haya accedido de forma constitucionalmente admisible al procedimiento sancionador y juegue en un debate que haya dado oportunidad de contradicción.

5.- En el caso que nos ocupa, el acuerdo sancionador impugnado considera hechos probados que la funcionaria de control de cámaras observó al in-

terno llamando desde una cabina del patio del módulo cuando ya tenía todas sus llamadas semanales realizadas, habiéndose comprobado en el sistema informático que las llamadas fueron realizadas a nombre de otros tres internos.

El acervo probatorio con que se cuenta para sostener tal relato viene integrado por tres elementos: (i) el parte suscrito por la funcionaria que prestaba servicio en el control de cámaras, donde relata lo manifestado por los funcionarios en labores de vigilancia del módulo 7 respecto a que el recurrente había realizado llamadas de teléfono sobre las 9:30 horas y las 17:20 horas, teniendo agotadas las que le correspondían; (ii) los listados de llamadas efectuadas el día en cuestión, donde quedan reflejadas las llamadas realizadas con cargo a la disponibilidad de tres internos distintos al demandante a números autorizados a dichos internos; y (iii) la manifestación del recurrente de que se acercó y descolgó el teléfono de la cabina para confirmar que no tenía ya llamadas disponibles. No existe elemento de comprobación o corroboración adicional, pues, aunque el demandante negó los hechos y solicitó reiteradamente numerosas diligencias de prueba para contradecir el parte y los indicios que generaba en su contra, se hizo caso omiso de tal solicitud tanto en sede administrativa como judicial, donde tampoco se respondió a la denuncia de vulneración del derecho a usar los medios de prueba pertinentes. En ninguna de tales sedes los órganos decisores llegaron a hacer manifestación expresa alguna de ese rechazo ni aportaron motivación al respecto. Esa omisa práctica de ulterior prueba ha impedido contar con los testimonios de los internos afectados y de los funcionarios del módulo informantes que observaron los hechos. Tampoco se cuenta con la ratificación de la funcionaria emisora del parte ni con la grabación de las imágenes o la información sobre el origen temporal de los listados autorizados a los distintos internos y los gastos en tarjetas telefónicas.

Con carácter previo al examen sobre la suficiencia de la prueba reseñada, debemos resaltar algunas particularidades de los hechos probados y de la prueba a la que se anudan. El pliego de cargos y luego el acuerdo sancionador recogen como hechos probados que un funcionario ha visto determinados hechos y no los hechos en sí, estilo indirecto que no tendría más trascendencia si no existiera una divergencia entre lo consignado allí: que la funcionaria en el servicio de control de cámaras observó al recurrente llamando en una cabina del patio, y lo manifestado en el parte por la funcionaria signataria: lo que otros –los funcionarios del módulo 7– le dicen haber visto sobre la realización de las llamadas por el interno. Al no haberle

dado acceso al parte, como solicitó el demandante desde el inicio, y dado que el pliego de cargos da a entender que la funcionaria de cámaras observó los hechos directamente y no incorpora el parte en sus propios términos, el recurrente no tuvo un conocimiento adecuado del material probatorio que le permitiera contradecir su virtualidad acreditativa de los hechos, carencia que le depara indefensión (Sentencias del Tribunal Constitucional 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 55/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5, o 156/2009, de 29 de junio, FJ 3). Ciertamente no se denunció de forma específica esta carencia en el texto del recurso de amparo que nos ocupa, pero el dato resulta relevante para el análisis de la lesión de derecho a la presunción de inocencia si planteada en él.

Al margen de esa indirecta consignación de los hechos probados y la divergencia entre el verdadero contenido del parte y lo reflejado como tal en el pliego de cargos, lo que aquí interesa es examinar si existe prueba válida suficiente para enervar la presunción de inocencia, esto es, para acreditar la realización de llamadas por el recurrente tras haber agotado su cupo utilizando el número de identificación de interno de otros internos, que es, en definitiva, la conducta sancionada. Como bien señala el Ministerio Fiscal, los listados de llamadas permiten asegurar que efectivamente se hicieron llamadas a las horas y a los teléfonos relacionados en ellos, pero no resultan concluyentes respecto a la autoría de esas llamadas, máxime si se tiene en cuenta que se hicieron a números autorizados a esos otros internos sin haberse comprobado —como propuso el recurrente— si su autorización era previa o posterior a su entrada en el módulo o en prisión. En tal sentido, los listados en sí indicarían más bien que no fue el recurrente quien hizo las llamadas, pues se realizaron con el número de identificación de interno de otros internos a los teléfonos autorizados previamente por la dirección del centro para esos internos, conforme impone la normativa penitenciaria (artículo 47 del Reglamento Penitenciario); la cual requiere indicación previa de los datos de las personas con las que se desee contactar, su dirección, número de teléfono y titularidad del mismo, así como el parentesco o la relación que mantienen con el interno. Tampoco se comprobó —como asimismo solicitó el sancionado— el movimiento de peculio, pues el alto gasto en la compra de tarjetas para hacer llamadas podría ser significativo al respecto. Ni el instructor ni el juzgador facilitaron esa información, que hubiera podido conducir a identificar al autor o autores de las llamadas. Y, en fin, no se trajo al procedimiento a los internos a cuyos números autori-

zados se llamó para indagar si habían sido ellos o no quienes hicieron las llamadas que constan en los listados.

Por otro lado, el recurrente ha negado en todo momento haber efectuado las llamadas y en el pliego de descargo sólo admite haber introducido su número de identificación ese día para comprobar sus llamadas, apareciendo «servicio no disponible», sin especificar en qué momento lo hizo y, por tanto, si era coincidente con los referidos en el parte –sobre las 9:30 y las 17:20 horas–. Este dato, que ni siquiera se menciona en la propuesta de resolución o el acuerdo sancionador o en las resoluciones judiciales posteriores, podría valorarse tanto en un sentido incriminador (el sujeto reconoce hacer uso de la cabina corroborando lo que recoge el parte), como exonerador (el interno ofrece una explicación alternativa del uso de la cabina que no supone efectuar llamadas telefónicas sin autorización).

A la luz de lo anterior, y como también apunta el Fiscal en sus alegaciones, la prueba de la atribución de las llamadas se sustentó únicamente en el parte informativo de la funcionaria de control de cámaras, de modo que sobre su idoneidad y valía como prueba de cargo deberá versar el examen del caso, tal y como centra el demandante el problema al cuestionar el valor probatorio cualificado que le atribuye la Juez de Vigilancia Penitenciaria al albur del artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en general, su aptitud para enervar la presunción de inocencia como prueba válida y suficiente.

Al respecto, debe rechazarse de plano la afirmación de la Juez de Vigilancia Penitenciaria de que el parte tiene especial incidencia probatoria cuantitativa y cualitativa, que pretende derivar de la previsión del artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que no se acomoda a los límites de la eficacia probatoria que impone el derecho a la presunción de inocencia en los que tanto ha insistido este Tribunal. Rechazo que opera con independencia del problema de la idoneidad de los funcionarios de prisiones como emisores del documento, que atañe a cuestiones de legalidad ordinaria sobre el concepto de autoridad y de documento público así como sobre la regla probatoria establecida en el artículo 137.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todas ellas relativas a la interpretación del precepto, que no corresponde dilucidar en esta sede.

6.- El reconocimiento de la relevancia del parte para, en su caso, destruir la presunción de inocencia va unido a que reúna los requisitos de emisión y de incorporación al procedimiento sancionador que garanticen el respeto al derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa y que, en definitiva, permitan hablar de un auténtico acto de prueba. Desde tal prisma, el parte aquí controvertido presenta un doble aspecto deficitario en su génesis y acceso al procedimiento: (a) es un parte de referencia y (b) su contenido no fue conocido por el interno ni se desarrolló en un contexto contradictorio.

a) De conformidad con la doctrina de este Tribunal sobre el valor probatorio de las constataciones documentales por funcionario, ese valor probatorio alcanza sólo a los hechos narrados en ellas que hayan sido efectivamente constatados por el funcionario (Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, FJ 8.b; 14/1997, de 28 de enero, FJ 7; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 5; 169/1998, de 21 de julio, FJ 2; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6; 82/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 70/2012, de 16 de abril, FJ 4), sin extenderse a valoraciones, calificaciones jurídicas, opiniones o, cabe añadir, a hechos percibidos por un tercero, incluso cuando ese tercero fuera un funcionario. Esa condición general de la eficacia probatoria de las diligencias administrativas documentadas, que se recoge en la normativa sobre la materia, entronca con las exigencias de intermediación que mínimamente deben respetarse en el procedimiento administrativo en conexión con los atributos de imparcialidad y especialización del autor del acta como fundamento del valor probatorio de lo documentado. Si la credibilidad o fiabilidad que se confiere a las actuaciones administrativas documentadas se asienta en la credibilidad del autor de las mismas como funcionario con los atributos de especialización e imparcialidad, ese valor probatorio se proyecta sobre lo directamente presenciado por él, pero no podrá hacerse respecto a la fiabilidad o credibilidad de lo que un tercero le refiera y haga constar en el documento.

Asimismo, también desde la perspectiva de las garantías de validez y de la suficiencia de la prueba se ha cuestionado en el ámbito jurisdiccional penal la compatibilidad del testimonio de referencia con las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2003, de 14 de julio, FJ 6). Este Tribunal ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que

es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo (Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2003, FJ 6), por lo que «puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba» (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3). Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34; y de 26 de abril de 1991, caso Asch, § 27), se ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa (Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2003, FJ 6, citando a las Sentencias del Tribunal Constitucional 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17, y 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4).

Las dudas que plantea el testimonio de referencia desde el artículo 24.2 de la Constitución Española por su oposición a las garantías de inmediación y contradicción entroncan en el procedimiento administrativo sancionador, que es un procedimiento escrito y con una inmediación atenuada ante el instructor, con la exigencia de que los testimonios se presten ante dicho instructor (artículo 81 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y, de forma refleja, con que la admisibilidad probatoria de las denuncias-testimonios documentados emitidos por funcionarios se extienda sólo a lo percibido directamente y no a lo que un tercero dijo. La inmediación podrá suplirse por la fiabilidad del autor de la testifical documentada, dada su condición garantizadora de imparcialidad y objetividad, asegurándose así un mínimo de inmediación en el momento de «practicarse la prueba» (acta o parte) en el procedimiento sancionador. Pero la fiabilidad de que ha ocurrido un determinado hecho se pierde cuando aumenta la cadena de inferencias que llevan a él.

Del mismo modo que en el ámbito penal, sólo si resulta imposible o muy dificultoso el acceso del testigo directo (aunque su declaración se vierá por escrito en un parte), resulta admisible recurrir al testigo de referencia (que en el ámbito administrativo sancionador podría acceder asimismo por vía de su declaración documentada). Sin embargo, no resulta admisible en situaciones como la presente, donde la pertenencia a la Administración Penitenciaria de los funcionarios que directamente observaron los hechos y el fácil recurso a la ordenación de los servicios, amén de la adicional identificación por la funcionaria firmante del parte, hacían fácilmente posible tanto la identificación como la declaración de los funcionarios que presenciaron directamente el comportamiento que se denuncia como sancionable. Sostener la sanción en un parte que ni siquiera refleja lo presenciado por quien lo suscribe, sino lo manifestado por otros funcionarios no traídos al procedimiento impide hablar de un elemento probatorio que merezca tal nombre desde las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española. Ese déficit resulta especialmente reprochable cuando, como es el caso, el parte pudo haber sido suscrito sin dificultad alguna por los funcionarios testigos directos de los hechos o ser ratificado mediante su expresa declaración en el procedimiento sancionador, pues, sin duda, eran de fácil identificación y localización sin que su comparecencia parezca disfuncional o desaconsejada en sentido alguno.

Cabe concluir que el parte era un parte de referencia, que se aleja no sólo de los requisitos legales y constitucionales para conferir valor probatorio a las denuncias administrativas de infracción, sino que tampoco es sostenible desde el principio de libre valoración de la prueba, pues los problemas de inmediatez o contradicción de la prueba, amén de su credibilidad, no pueden obviarse en atención a las circunstancias del caso, por lo que no concurren las condiciones de validez del parte dirigidas a asegurar la aptitud de la prueba para su fin de enervar la presunción de inocencia, de modo que el órgano sancionador no debió tomarlo en consideración con tal carácter.

b) Al respecto ha de ponerse de manifiesto un segundo déficit. Ya hemos señalado que la atribución de valor probatorio a las declaraciones del funcionario reflejadas documentalmente puede verse como la aceptación –excepcional en nuestro sistema procesal, pero defendible en el ámbito administrativo– de los testimonios o de las declaraciones escritas. Lo significativo ahora no es si dicha declaración puede tener o no valor probatorio –lo cual se halla fuera de discusión–, sino (i) si la parte perjudicada por dicha de-

claración tuvo acceso a ese material probatorio para tener la posibilidad de atacarlo, en su caso, en ejercicio de su derecho de defensa y (ii) si efectivamente pretendió en tiempo y forma someterla a contradicción y propuso la práctica de pruebas aptas, al menos en principio, para desvirtuar la fuerza de convicción que pudiera desprenderse de las declaraciones de la funcionaria.

Al recurrente, como se expuso con amplitud en los antecedentes, le fue notificado el pliego de cargos, donde se atribuía a la funcionaria de cámaras la observación de los hechos sancionables, pero no se le facilitó el parte informativo suscrito por ésta, con un contenido diverso al que constaba en el pliego de cargos sobre quién vio los hechos, aunque se solicitó por el interno copia de todas las actuaciones en el pliego de descargo al tiempo que negaba los hechos e, incluso específicamente, la posibilidad de que la funcionaria signataria del parte hubiera podido observar lo referido en él por ausencia de visibilidad. Por tanto, el expedientado ahora demandante de amparo no tuvo acceso al material probatorio de cargo, de modo que no pudo discutir su virtualidad acreditativa como cumple el respeto al derecho de defensa y es condición de validez de la prueba. Buena prueba de la distorsión que esa falta de acceso al parte informativo (de contenido discrepante a lo reflejado en el pliego de cargos) tuvo en su defensa viene dada por sus alegaciones sobre la imposibilidad de que el funcionario de cámaras hubiera podido verle haciendo uso de la cabina, solicitando su declaración al respecto y no, como es lógico dada su ignorancia, la de los funcionarios de patio que informaron al respecto. En otras palabras, el aspecto sustancial del parte de quién afirma haber observado al recurrente llamar por teléfono permanece oculto y, por ello, inmune a cualquier intento de desvirtuarlo, lo que resulta intolerable cuando esa es la prueba de la autoría de las llamadas que sostiene la imposición de la sanción al demandante.

Pero es que, además, el recurrente intentó reiterada y ex ante idóneamente atacar la prueba que sí se le pone de manifiesto (que la funcionaria de cámaras vio que realizaba llamadas en una cabina a una concreta hora) así como impugnar los hechos que finalmente se le atribuyen y constituirían las infracciones disciplinarias –telefonar haciéndose pasar por otros internos–. Sin embargo, en ninguna instancia y, a pesar de esa insistencia en la petición de que se practiquen diligencias adicionales, se le da respuesta a la petición. Esa negativa indebida a una prueba pertinente blinda de hecho el parte de referencia como prueba incontrovertible, que se ha trasladado de forma errónea, además, al pliego de cargos y a la resolución

sancionadora, vulnerando el derecho a someter a contradicción las pruebas de cargo, como exige el artículo 24.2 de la Constitución Española y el artículo 6.3 d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuando se refiere al derecho a confrontar a los testigos.

7.- Las supuestas llamadas telefónicas indebidas determinantes de la sanción (i) se observaron por funcionarios identificables que fácilmente podrían haber declarado en el marco del procedimiento sancionador, por lo que no es de recibo prescindir de ellas para atender sólo al testimonio de referencia del funcionario informante; (ii) sin que, además, fuera conocido por el interesado el dato de que el funcionario signatario del parte no era quien había presenciado los hechos allí narrados, de modo que no pudo oponer una defensa acorde con la prueba que a la postre fue decisiva; (iii) en un procedimiento que, por esa causa y por la omisa consideración a todas las pruebas (de descargo) propuestas por el interno, ha impedido toda oportunidad de contradicción respecto a esa actuación previa que no alcanza a ser un auténtico parte, deviniendo en una prueba inatacable y determinante de forma contraria al artículo 24.2 de la Constitución Española.

Estas circunstancias conducen a afirmar que se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española al valorarse como elemento probatorio de cargo decisivo la declaración escrita de un funcionario que conoce los hechos por referencia sin haberse identificado, citado y oído a los testigos directos de los hechos cuando así pudo hacerse, y sin que, en general, las afirmaciones del parte hayan podido ser objeto de contradicción. De manera que se ha ignorado, por un lado, la jurisprudencia constitucional sobre la admisibilidad de las constataciones documentales por funcionario como prueba (de cargo) y, singularmente, la del parte del funcionario de prisiones como prueba suficiente para desvirtuar, en su caso, la presunción de inocencia, y, por otro lado, la doctrina constitucional sobre la admisibilidad del testimonio de referencia.

El acuerdo de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid IV (Navalcarnero) de 26 de junio de 2013 vulneró, por tanto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, sin que los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid de 29 de agosto y 7 de octubre de 2013 repararan el derecho fundamental concernido. La estimación del recurso de amparo conduce a la anulación de la sanción,

declarando la nulidad de la resolución administrativa sancionadora y de los Autos que la confirmaron.

Fallo

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don J. M. M. C. y, en su virtud:

1.- Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española).

2.- Establecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad del acuerdo de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid IV (Navalcarnero) de 26 de junio de 2013, recaído en el expediente disciplinario núm. 486-2013, así como de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Madrid de 29 de agosto y 7 de octubre de 2013 (asuntos núms. 3579-2013 y 4523-2013), que confirmaron en alzada y en reforma, respectivamente, el citado acuerdo.

117.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA DE FECHA 21/03/16

Estimación de recurso de apelación declarando la nulidad de la sanción de 14+14 días de aislamiento sin valorar circunstancias físicas ni psíquicas.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 1 de Valladolid, con fecha de treinta de noviembre de dos mil quince, se dictó Auto, cuya parte dispositiva, literalmente dice: “Se aprueba la sanción de 14+14

de aislamiento en celda impuesto al interno W.C.T. en expediente disciplinario número 262/2015-4002 del centro penitenciario arriba reseñado”.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución, por la representación del interno W.C.T., la Procuradora y bajo la dirección de Letrada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra dicha resolución.

TERCERO.- Habiéndose tenido por interpuesto dicho recurso, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal para evacuar el trámite conferido para alegaciones, quien al hacerlo, impugnó el mismo, tras lo cual se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado Rollo y turnado de Ponencia, se señaló fecha para Deliberación y Fallo del citado recurso, y habiéndose observado en este procedimiento las formalidades legales en ambas instancias.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la defensa del interno contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia en el que se autorizaba el cumplimiento de sanciones de aislamiento por más de catorce días.

Como motivos de recurso se impugna en primer lugar la falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas, discrepando de la calificación dada a los hechos por los que fue sancionado. De la misma forma se impugna la aprobación de la sanción sin el preceptivo informe médico previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 112 del Reglamento Penitenciario. Finalmente se alega infracción de garantías procesales, al no haberse producido por el juez de vigilancia una adecuada fiscalización del expediente, lo que debe dar lugar a la nulidad del auto por causar indefensión al interno alegando en su favor lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo de recurso, no cabe otra respuesta que su desestimación, toda vez que la aprobación prevista en el artículo 76.2.d de la Ley Orgánica General Penitenciaria o 236.3 del Reglamento Penitenciario, tiene como finalidad únicamente la determinación de la formas continuada de cumplimiento, pero no es el momento en el que discutir

la tipicidad de la infracción, ni la sanción a imponer o su proporcionalidad. Todos estos extremos han de ser analizados y en su caso recurridos en el acuerdo que impuso cada una de las sanciones, y no en este momento ulterior de la ejecución de los acuerdos sancionadores firmes, y por tanto inatacables.

TERCERO.- En cuanto al tercero de sus razonamientos, la defensa invoca en su favor el artículo 44.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, artículo relacionado con el procedimiento sancionador, no con la aprobación de la ejecución de sanciones de aislamiento por más de catorce días. Es indiferente lo que pueda constar en el expediente sancionador en este momento, pues como hemos dicho, las posibles irregularidades de los mismos se debieron hacer constar en las oposiciones o recursos contra las resoluciones sancionadoras, y no en este momento procesal.

CUARTO.- Dicho lo anterior, sin embargo algo de razón tiene la parte en su mención a la fiscalización por el Juez de Vigilancia de las sanciones a ejecutar, aunque no en la forma en que se mantiene, por la parte, lo cual debe ser engarzado con el segundo de sus motivos de recurso.

Es verdad que tanto el artículo 76.2.d de la Ley Orgánica General Penitenciaria. como el 236.3 y 253.1 del Reglamento Penitenciario (el artículo 112 del Reglamento Penitenciario de 1981 fue derogado con la aprobación del Reglamento Penitenciario de 1996), son muy escuetos a la hora de regular esta función judicial, pues lo único que se dispone es que las sanciones de más de catorce días de aislamiento deberán ser previamente aprobadas por el Juez de Vigilancia: “Las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días no serán en ningún caso ejecutivas hasta su aprobación por el Juez de Vigilancia” (artículo 253.1 del Reglamento Penitenciario).

Ahora bien, esta brevedad normativa no puede significar que la aprobación judicial deba ser completamente acrítica y automática, pues en tal caso carece de sentido que la misma exista. El Juzgado de Vigilancia es un órgano judicial creado para el control de los tratamientos penitenciarios y para la defensa de los derechos de los internos, por lo que es incompatible con sus funciones que deba limitarse a aprobar lo que el Centro Penitenciario del pida que apruebe sin análisis crítico ninguno.

La cuestión que se puede plantear es la determinación de qué clase de control debe ser el que efectúe el Juez de Vigilancia respecto de tal aprobación, excluida como queda toda valoración respecto de las sanciones firmes a ejecutar. La sala estima que dado el contenido de los artículos 43.1

de la Ley Orgánica General Penitenciaria o 254.1 del Reglamento Penitenciario. “La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta”, en que se muestra la necesidad de un control médico diario de la salud física y mental del interno; parece coherente que el juez de vigilancia, antes de aprobar dicha sanción por un periodo superior al máximo establecido, y que por tanto pueda tener consecuencias negativas en internos con una salud mental deteriorada, deberá al menos comprobar que dicha acumulación de sanciones no afectará física o psíquicamente al interno, lo cual exigirá que antes de decidir se le determine por los servicios médicos del establecimiento que, a priori, no existe impedimento de salud en el penado para ese cumplimiento, sin perjuicio de lo que pueda acontecer una vez se inicie el cumplimiento.

QUINTO.- La documentación que obra en el recurso de apelación, que suponemos que será toda la documentación enviada por el Centro Penitenciario, sólo consiste en el oficio solicitando la aprobación, así como un resumen de los hechos imputados y las sanciones impuestas, sin que se aporte ningún otro dato del interno.

Es muy posible que el Juez de Vigilancia, a la hora de decidir esa aprobación, haya podido contar con otros datos personales del interno que haya podido recabar por otras vías o que por él fuesen conocidos; pero dado que no obran en el expediente y que la resolución carece de motivación alguna referida al caso concreto, la defensa del interno queda sin conocimiento alguno de las razones por las que se ha considerado procedente dicha aprobación de cumplimiento continuado de las sanciones.

Por tanto lo que se desconoce, o al menos desconoce esta Sala tanto como la defensa del interno, son los motivos que llevan a conceder la autorización, y como se ha dicho si se ha valorado la inexistencia de motivos físico o mentales que hagan desaconsejable tal cumplimiento acumulado.

Por lo expuesto se estima que esta falta de valoración, así como de fundamentación, ha causado indefensión al interno, lo que debe conllevar a declarar la nulidad del auto dictado, con devolución al órgano de procedencia a fin de que previamente a decidir sobre la autorización de la sanción de aislamiento por más de catorce días se valore su situación médica o psico-

lógica que permita el cumplimiento de esas sanciones, con plasmación en el auto aprobatorio de la existencia o inexistencia de las mismas.

SEXTO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

ACORDAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la defensa del interno W.C.T. contra el auto de fecha 30 de noviembre de 2015 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n°1 de Valladolid en expediente RAP 1791/2015; se declara su nulidad, debiendo dictarse nueva resolución previa valoración de las circunstancias físicas o psíquicas que autoricen o impidan la aprobación del cumplimiento de sanciones de aislamiento por más de catorce días.

118.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 29/04/16

No consideración de insultos a funcionarios durante una comunicación intervenida y revocación de la sanción.

Antecedentes de hecho

1.- El interno J.K.P.I. 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 grave del artículo 109-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 Reglamento Penitenciario, se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

2.- El Ministerio Fiscal en su informe interesó la estimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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 a la tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

SEGUNDO.- En el presente caso, y atendido el modo en que se realizan los pretendidos insultos (durante una comunicación del interno con un visitante), la forma en que resultan conocidas (debido a la intervención de las comunicaciones), procede la estimación del Recurso de Alzada formulado, por cuanto que debe estimarse que las expresiones utilizadas por el interno y referidas a los funcionarios no iban dirigidas a los mismos, sino al comunicante en el curso de una comunicación privada entre ambos, por lo que no se estima cometida la infracción prevista en el artículo 109.a del Reglamento Penitenciario de 1981, que exige que los insultos o faltas de respeto se produzcan cuando los funcionarios se hallasen en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos, es decir, en el marco de la relación funcionario - interno y no en el de una conversación privada (no obstante su intervención) del interno con otra persona.

Ahora bien, que no se considere cometida la infracción disciplinaria, por falta de tipicidad o encaje en los artículos 109.a o 110.a del Reglamento Penitenciario, no excluye que pueda considerarse producido un mal uso de dicha comunicación, por utilización de expresiones insultantes y ofensivas contra el personal penitenciario, con conciencia de que la comunicación está intervenida, a los efectos de lo prevenido en el artículo 51.1. de la Ley Orgánica General Penitenciaria en relación con los artículos 43 y 44.1.a) y b) del Reglamento Penitenciario (restricción y/o suspensión de comunicaciones).

Vistos.- Los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

Se estima el recurso interpuesto por el interno J.K.P.I. contra el acuerdo sancionador de fecha 17-02-16 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Córdoba, que queda sin efecto, y se revoca la sanción impuesta, en los términos del Razonamiento Jurídico II de la presente resolución.

119.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 12/01/16

Estimación de recurso de alzada, considerando carentes de virtualidad los hechos sancionados y dejando sin efecto el acuerdo sancionador.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por Acuerdo de fecha 1 de diciembre último, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de referencia, impuso al interno M.EL B. la sanción de privación de paseos y actos recreativos 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.

SEGUNDO.- Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- 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, por una parte, que el “animus” del interno no fue desobedecer la orden recibida sino poner de manifiesto las presuntas amenazas de las que había sido objeto, solicitando la presencia del Jefe de Servicios de modo tranquilo, el cual le explicó los motivos del cambio de módulo, lo que se debe valorar adecuadamente en supuestos como en el actual en los cuales la voluntad y la intención son determinantes, debiendo tenerse en cuenta igualmente las circunstancias particulares del interno, 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 fecha 1 de diciembre pasado.

En atención a lo expuesto

DISPONGO: Estimar el recurso interpuesto por el interno M. EL B., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 1 de diciembre pasado.

120.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA ALGECIRAS DE FECHA 04/02/16

Estimación parcial de queja rebajando la cualificación de la falta por desobediencia de grave a leve.

Hechos

PRIMERO.- Se formula recurso de alzada por el interno A.M.R.R. contra el acuerdo de fecha 22 de octubre de 2015 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Algeciras dictada en el expediente

sancionador seguido al número 535/2015 - 1103, por el que se le impuso al interno la sanción de treinta días de privación de paseos y actos recreativos comunes por la comisión de una falta grave del artículo 109 b) del Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo de 2013 declarado expresamente vigente por su Disposición Derogatoria única por hechos acaecidos el día 22 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- Tras incoarse el oportuno expediente, seguido al número que consta, y habiendo remitido a este Juzgado la Dirección del Centro Penitenciario el expediente administrativo sancionador en su integridad, en virtud del recurso formulado por el interno contra la sanción en él recaída, se confirió traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal. No estimándose oportuna la práctica de ninguna otra diligencia, se está al caso de dictar la presente resolución.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- En los expedientes sobre ejercicio de la potestad disciplinaria, salvo que se trate de imposición de sanción de aislamiento en celda por más de catorce días, el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene competencias para resolver en vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos (artículo 76.2.d) y e) Ley Orgánica General Penitenciaria). En consecuencia, el órgano judicial actúa en función de sus facultades revisoras respecto de dicha potestad disciplinaria, en función del sometimiento de Administración Pública a la legalidad (artículo 103 de la Constitución) y del control a que está sometida por la jurisdicción respecto de la legalidad de su actuación y de su sometimiento a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución).

En supuestos como el presente, se tratará de examinar la corrección de la resolución de imposición de la sanción y del procedimiento penitenciario, junto con la observación de los principios procedimentales, dado que las garantías procesales contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores (Sentencias del Tribunal Constitucional 18/81. 2/87. 81/00 y 236/02).

SEGUNDO.- No puede apreciarse vulneración del principio de presunción de inocencia, ya que existe un parte sobre los hechos imputados,

suscrito por los funcionarios presenciales, ratificado por el Jefe de Servicios y esta prueba, dada la peculiaridad de los expedientes disciplinarios en materia penitenciaria, es suficiente para que la Junta, primero, y el Juez de Vigilancia, después, tengan por desvirtuada la presunción de inocencia. Así queda acreditado que los hechos objeto de sanción fueron los reflejados en el parte emitido y que fueron posteriormente recogidos a modo de resumen en el acuerdo sancionador que se recurre, al no haber aportado el interno ningún dato que permita desvirtuar las imputaciones en él contenidas. Ahora bien, tanto la instrucción como la Comisión Disciplinaria califican los hechos como infracción grave del artículo 109.b del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, dejado en vigor por la disposición derogatoria única del actual Reglamento Penitenciario: desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones. Pero ha de ponderarse la posible aplicación de la infracción leve a que se refiere el artículo 110 b): desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia. La diferencia entre una y otra infracción está referida a la menor gravedad de los hechos, concretamente según que la infracción altere o no la vida regimental y la ordenada convivencia. Evidentemente, todo incumplimiento a una orden implica romper el orden convivencial en el Centro, con lo que la diferenciación entre una y otra sanción está residenciada en la menor gravedad de los hechos. En otras palabras, que la alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia ha de tener un mínimo de significación, pues si estamos en cuestiones de menor entidad o mínimas es evidente que no concurriría la gravedad suficiente para calificarla conforme al artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario.

En este caso a criterio de esta juzgadora no ha existido alteración de la ordenada convivencia ni de la vida regimental con entidad suficiente para acarrear la tipificación de grave, ha de rechazarse el rigor excesivo en la aplicación de las disposiciones reglamentarias que en nada favorecen las relaciones humanas en el ámbito de que se trata y que además sería causa de abusos en una pretendida autoridad. El artículo 4.2 del Reglamento Penitenciario establece como derecho del interno el no ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.

En consecuencia, la infracción es leve del artículo 110.b), por lo que procede imponer al interno, en aplicación del artículo 233.3 del Reglamento Penitenciario, la sanción de privación de paseos y actos recreativos de tres días. Por lo demás, la actuación reglamentaria de los órganos sancionadores fue correcta, pues el órgano sancionador que la impuso es el previsto reglamentariamente, siendo la resolución ajustada a las formalidades previstas, (artículo 246 del Reglamento Penitenciario). Asimismo, se han respetado las formalidades de procedimiento tal y como prevén los artículos 242, 244 y 245 del Reglamento Penitenciario. Por todo lo anterior, procede estimar parcialmente el recurso de alzada en los términos más arriba expresados.

Visto lo cual.

DISPONGO: Estimar parcialmente el recurso de alzada formulado por A.M.R.R. contra el acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Algeciras de 22 de octubre de 2015 en el expediente sancionador 535/2015-1103, en el sentido de entender que los hechos son constitutivos de una infracción leve del artículo 110.b del Reglamento Penitenciario, y procede imponer una sanción de privación de paseos y actos recreativos de tres días.

121.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 11/05/16

Nulidad de lo actuado. Las alegaciones del interno deben realizarse ante la Comisión Disciplinaria.

Hechos

PRIMERO.- Con fecha 29 de marzo de 2016, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote, tomó el acuerdo de sancionar al interno, F.J.E.P., como autor de una falta grave del artículo 109-B del RD 1.201/1981 de 8 de mayo, con 20 días de privación de paseos y actos recreativos comunes, en el expediente disciplinario 147/16 por los hechos relatados en el mencionado acuerdo sancionador.

SEGUNDO.- Contra dicho acuerdo el interno interpuso recurso y practicadas cuantas diligencias se estimaron oportunas fue oído el Ministerio Fiscal quien informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Se interpone por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, F.J.E.P., recurso de alzada contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria de 29 de marzo de 2.016 que sancionó al ahora recurrente como autor de una falta grave prevista en el artículo 109-B del RD 1.201/1981, de 8 de mayo.

SEGUNDO.- Establecido lo anterior, la primera cuestión que debe ser abordada por esta resolución, es la invocada nulidad del acuerdo sancionador al no haber comparecido el expedientado ante la comisión disciplinaria en la forma establecida en el artículo 246 del Reglamento Penitenciario.

El Reglamento Penitenciario en el artículo 276 del Reglamento Penitenciario, establece que la comisión disciplinaria estará compuesta por el director del centro que la presidirá y por el subdirector de régimen, el subdirector de seguridad, un jurista del establecimiento, un jefe de servicios y un funcionario de la plantilla del centro, actuando con voz pero sin voto como secretario, un funcionario designado por el director, de la plantilla del establecimiento.

Por su parte dispone el artículo 246 que, la comisión disciplinaria, en la primera sesión ordinaria que celebre o en sesión extraordinaria convocada al efecto, escuchará las alegaciones verbales que, en su caso pueda formular el interno y acto seguido, declarará la no existencia de infracción o responsabilidad o impondrá motivadamente la sanción correspondiente los hechos probados.

Incardinándose pues la comisión disciplinaria entre los órganos colegiados del centro penitenciario, determina el artículo 267 del Reglamento Penitenciario en cuanto a su régimen jurídico, que será de aplicación con carácter supletorio lo establecido en el capítulo segundo del título segundo de la Ley 30/92 de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, esta, en su artículo

26, establece que: “Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo”.

De todo lo expuesto se colige que, las alegaciones del interno, que preceden sin solución de continuidad al dictado de la resolución por parte de la comisión disciplinaria, han de ser escuchadas por dicha comisión, válidamente constituida, que debe actuar pues bajo el principio de inmediación, al menos con asistencia de su presidente, secretario y la mitad de sus miembros, así, no es dable delegar tal trámite en dos de los componentes de tal órgano colegiado que posteriormente los trasladen al mismo, ha de ser el órgano como tal, compuesto por todos sus miembros o al menos por el mínimo número determinado en la Ley, el que reciba y escuche las alegaciones bajo los principios de oralidad e inmediación y concentración y, no habiéndolo hecho así en el caso que se analiza, donde se nos indica por el centro en oficio remitido a instancias de este juzgado, que las alegaciones del penado fueron recibidas exclusivamente por el subdirector de régimen y un jurista del establecimiento, procede declarar la nulidad de dicho acto y, correlativamente, del acuerdo sancionador que de él trae causa, reponiendo las actuaciones al momento de la comparecencia del penado ante la comisión, que una vez oiga al interno, deberá dictar con total libertad de criterio, nuevo acuerdo adoptando una de las resoluciones previstas en el mencionado artículo 246 del Reglamento Penitenciario.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, SS^a dijo:

Parte dispositiva

Se estima el recurso interpuesto por el interno, F.J.E.P., contra el acuerdo sancionador de fecha 29 de marzo de 2016 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote, que queda sin efecto. Se decreta la nulidad de lo actuado y la retroacción del expediente al momento en que la comisión disciplinaria ha de recibir las alegaciones del expedientado, dictándose a continuación la oportuna resolución.

122.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PUERTO DE SANTA MARÍA DE FECHA 17/09/15

Se declara desierto el recurso por no interponerlo el interno en un mes.

Hechos

Único.- Por el interno A.A.N.C. se anunció su intención de recurrir por escrito el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I de fecha 24/03/15 dictado en Expte. Sancionador 992015-1101, habiendo transcurrido más de un mes desde que dicho acuerdo le fue notificado sin que haya formalizado por escrito el recurso.

Razonamientos jurídicos

Único.- Habiendo transcurrido más de un mes sin que por el interno A.A.N.C. se haya formalizado el recurso anunciado en el momento de serle notificado el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I, procede, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 228 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y subsidiaria de los artículos 458 y 463 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal declarar de oficio desierto el recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

Por la Sra. Secretaria Judicial se acuerda: Sobreseer el presente expediente, declarando desierto el recurso que dio lugar a su incoación, procediéndose a su archivo.

123.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 26/01/16

Desestimación de queja respecto a recompensas.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.L.G. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha formulando queja relativa al sistema de adjudicación de recompensas del Centro Penitenciario.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.L.G. relativa a discriminación en la concesión de recompensas por la Comisión Disciplinaria, y a la vista del informe del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha procede su desestimación, tal y como interesa el Ministerio Fiscal, al no objetarse abuso de poder o desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria, toda vez que el artículo 277.1 y 2.g) del Reglamento Penitenciario atribuye a la Comisión disciplinaria del Centro la competencia para acordar la concesión de las recompensas que procedan, determinando, en su caso, su cuantía y ordenando la anotación de su concesión en el expediente personal del interno recompensado, siendo dicha Comisión el órgano competente

para determinar en cada caso concreto la recompensa concedida y su cuantía, conforme dispone el art. 264 del mismo texto legal.

En consecuencia el interno no puede pretender asumir las competencias de determinar qué puntuación-valoración y/o recompensa le corresponde, la cual, en su caso, será concedida por la citada Comisión Disciplinaria, una vez valorado que los actos de los que trae causa la solicitud del interno pongan de manifiesto, con arreglo a lo previsto en los artículos 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 263 del Reglamento Penitenciario buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad, así como la participación del interno en actividades asociativas, reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el Establecimiento Penitenciario.

En el presente supuesto, y de conformidad con el informe del Centro Penitenciario, debe tenerse presente que la Instrucción 12/06 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en desarrollo del artículo 263 del Reglamento Penitenciario, establece que “el interno podrá ser merecedor de estas recompensas por la realización de actividades, incluidas o no en su programa de tratamiento, siempre que se obtenga la correspondiente valoración para ser merecedor de las mismas.”

En el Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha, por acuerdo de Junta de Tratamiento de fecha 4/7/2013, está actualmente establecida la siguiente obtención de recompensas por participación en actividades al trimestre:

- Por la obtención de una puntuación igual o mayor a 50 puntos se podrá optar por una de estas recompensas:

- Nota meritoria.
- Vis a vis extra para el presente trimestre.
- Adelantamiento a la mitad del periodo de cancelación de sanción.
- Tarjeta telefónica.- Más de 110 puntos.

Cada actividad tiene una máxima normalizada de 36 puntos trimestrales, salvo ponderación con un cociente multiplicativo atendiendo a la dedicación, esfuerzo y penosidad de la realización de dicha actividad.

En el caso que nos ocupa:

- El interno viene obteniendo puntos trimestrales por cursar estudios reglados en la Carrera de Filosofía Hispánica desde el año 2006. La matriculación y la superación de los cursos correspondientes a dicha Carrera la realiza el interno superando asignaturas sueltas por curso, habiendo causado en diversas ocasiones baja en el sistema de gratuidad de matrícula por bajo rendimiento.

- Esta es la única actividad realizada por el interno vinculada a puntuación pues por la asistencia al gimnasio y la realización de manualidades no se obtiene puntos salvo que estén enmarcadas en algún curso o taller específico.

- El interno está clasificado en primer grado por su pertenencia a banda armada, observando las directrices de dicha organización delictiva, entre las que se encuentra el no colaborar en modo alguno con los programas de tratamiento que pudiesen ofertarse a través de las Juntas de Tratamiento y la continuada comisión de faltas disciplinarias derivadas del seguimiento de las citadas directrices de la organización.

Por consiguiente, la obtención de recompensa no ha procedido en ninguno de los trimestres desde su ingreso en el Centro, en primer lugar por no haber llegado al mínimo de puntos exigibles, y en segundo lugar porque la propuesta de recompensa de la Comisión Disciplinaria requiere una valoración general de merecimiento por esfuerzo y dedicación especial, que en absoluto se corresponde con la actitud de rechazo a las líneas generales del Tratamiento del citado interno.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno J.L.G. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

CAPÍTULO XIV

SANITARIA

124.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LUGO DE FECHA 18/07/16

Autorización de intervención quirúrgica coactiva ante riesgo para la vida del interno.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En este Juzgado se tramita Exp N.º 722/2011 sobre asunto SANITARIO respecto del interno/a A.G.G. del Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar, en el que se solicita autorización para la realización de una intervención quirúrgica para poder quitar del cuerpo del interno objetos que aloja en su intestino ante la existencia de riesgo para su vida.

SEGUNDO.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal quien emitió informe por el que interesó la realización de la intervención quirúrgica para poder quitar, de su cuerpo tales objetos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Por el Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar se remite Oficio en el cual se solicita autorización para la realización de intervención quirúrgica para la extracción de dichos objetos. Se adjunta informe médico realizado por el médico del interno, A.G.G., en el que se manifiesta que el contacto de los objetos extraños con el ácido gástrico, hace previsible la digestión de los envoltorios y absorción gástrica de la droga lo que derivaría en un cuadro de intoxicación aguda y dependiendo de las sustancias de que se trate, en caso de ser cocaína, podría resultar mortal.

Dispone el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que la Administración Penitenciaria tiene el deber de velar por la vida y salud de los internos sometidos a custodia.

Si bien es cierto que la autorización, solicitada por el Centro Penitenciario supone una limitación a los derechos del interno, no lo es menos que tanto la vida como la integridad física y la salud son valores que reconoce la Constitución Española. En consecuencia, en determinadas situaciones es lícito imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de su negativa a aceptar el tratamiento médico sanitario prescrito pues, como además tiene declarado el Tribunal Constitucional, no es posible admitir que la Constitución Española garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte, así como la Administración Penitenciaria viene obligada a velar por la salud y vida de los internos sometidos a su custodia, y teniendo presente la relación de sujeción especial existente con el cumplimiento del deber de la Administración Penitenciaria de velar por la salud de los internos no se degrada el derecho a la integridad física y moral del interno, pues la restricción que para la misma constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución Española y entre ellos el de la vida, que en su dimensión objetiva es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

Conforme al artículo 210 del Reglamento Penitenciario se prevé la solicitud de autorización judicial para dispensar un tratamiento médico sanitario coactivo, cuando exista un peligro inminente para la vida del interno.

En cuanto al tratamiento médico sanitario coactivo que en su caso procede aplicar al interno hay que realizar una adecuada ponderación, por ello ha de establecerse el momento y la forma en que haya de procederse de manera coactiva para evitar riesgos intolerables para la vida.

En el caso presente y como se deriva del mencionado informe médico la rotura de los envoltorios que albergan la droga conllevaría a la absorción gástrica de la misma lo que podría derivar en una intoxicación que, dependiendo de las sustancias de que trate, podría resultar mortal para el interno.

Es indudable que la negativa del interno a someterse a la intervención quirúrgica prevista, llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente en un momento determinado peligro de muerte para el interno,

la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida del interno, que la Administración Penitenciaria tiene obligación legal de proteger, acudiendo, en dicho término, mediante el empleo de medios coercitivos que sean estrictamente necesarios, tan pronto como según la ciencia médica corra riesgo cierto la vida del interno; y sin esperar a que se presente esa situación irreversible que cause daño persistente a la integridad física, a fin de que el interno citado obtenga el tratamiento que la ciencia y el Arte Médico estimen necesario en cada momento, y conforme a la evolución de la situación clínica para la conservación de la vida.

Visto lo anteriormente expuesto y lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y demás artículos de general y pertinente aplicación.

DISPONGO: Autorizar a los fines anteriormente expuestos a realizar la intervención quirúrgica para poder quitar o extraer del cuerpo del interno los cuerpos extraños que aloja en su intestino prescrito contra la voluntad del mismo en los términos anteriores señalados en los razonamientos jurídicos.

125.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 11/04/16

Estimación de queja sobre fotografía requerida por el servicio de urología del hospital.

Hechos

PRIMERO.- Por el interno I.M.D., del Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, se formula queja a este Juzgado en relación a la actuación de los Servicios Médicos del mismo, a la cual me remito.

SEGUNDO.- Registrada la antedicha queja se interesaron al efecto los oportunos informes al Centro Penitenciario y una vez expedidos fue conferido traslado al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentido de estimarla.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- En el presente caso, vistas las manifestaciones del interno y los informes del Ministerio Fiscal y del Centro, procede la estimación de la queja ya que la fotografía en cuestión se requiere por el Servicio de Urología del Hospital que está tratando actualmente al interno, quien manifiesta expresamente su consentimiento tanto para la toma de la imagen, como para la remisión al Centro Médico.

DISPONGO

Estimándose la queja del interno I.M.D., se requiere a la Subdirectora Médica del Centro Penitenciario de Alicante II-Villena al efecto de que disponga lo necesario para que sea tomada la fotografía que requiere el Servicio de Urología del Hospital que está tratando actualmente al interno I.M.D., debiendo remitir la misma a dicho Servicio para el adecuado diagnóstico del paciente.

126.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 14/06/16

Desestimación de queja sobre incomparecencia del médico en domingo.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, F.M.D.G., presenta denuncia contra el médico del Centro porque el día 17/04/16, domingo, solicitó que le examinara y no se presentó.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la petición presentada.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- El interno formula denuncia contra el médico del Centro porque el día 17/01/16, domingo, solicitó que le examinara y no se presentó.

De la documentación que obra en autos resulta que el médico que estaba de guardia localizada, no valoró la situación del interno como una urgencia, por esa razón no se presentó en el Centro Penitenciario. Considerando que la valoración de las situaciones que son o no urgentes corresponde exclusivamente a los profesionales médicos, ninguna medida procede adoptar por este Juzgado, sin perjuicio, lógicamente, que si el interno considera que se ha producido negligencia médica con consecuencias para su salud presente la oportuna denuncia ante el Juzgado de Guardia.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la petición del interno F.M.D.G., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

127.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 02/02/16

Estimación parcial de queja sobre notificación de bajas médicas al interno.

Hechos

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, A.M.S.N., presenta queja porque en el Centro Penitenciario no le facilitan ni los informes de traumatología que obran en su historial médico ni de sus bajas médicas.

SEGUNDO.- Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en el sentido que obra en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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 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 aquéllos.

SEGUNDO.- El interno formula queja porque no le entregan en el Centro los informes de traumatología que obran en su historial médico. En el informe elaborado por el médico oficial que obra en el expediente expresamente consta “al paciente se le han facilitado todos los informes de traumatología que existen en su historia clínica”, consecuencia, no se aprecia negligencia, ni abuso de poder imputable a la Administración Penitenciaria que deba de ser corregido por este Juzgado, en relación a la primera queja formulada.

El interno también se queja de que no le facilitan sus bajas médicas. En el informe que obra en las actuaciones se justifica la falta de entrega de las mismas en que “...el documento empleado para notificar las bajas médicas al Jefe de Servicios no es individualizado...” Con independencia del documento que utilice el Centro para la notificación de las bajas al Sr. Jefe de Servicios, el interno tiene derecho a que se le informe de sus bajas médicas, que han de constar en su historial, bien mediante copia de las mismas, bien mediante un informe en el que se describan con detalle, en consecuencia, el Centro deberá de facilitarle esta información.

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

Parte dispositiva

Se estima parcialmente la queja del interno A.M.S.N., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

CAPÍTULO XV

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

128.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 27/10/16

Estimación parcial de queja por no notificar a un interno el acuerdo de aplicación de medios coercitivos.

Hechos

PRIMERO.- En fecha de 18 de agosto de 2015 se recibió en este Juzgado escrito del interno F.V.D. del Centro Penitenciario de Alicante II Villena “sobre aplicación del artículo 72.1 del Reglamento Penitenciario sobre hechos presuntamente ocurridos el 7/08/2015 con el interno C.R.C. alegando falta de notificación del acuerdo de aplicación de los medios coercitivos”.

SEGUNDO.- Registrada la antedicha queja se interesaron al efecto los oportunos informes al Centro Penitenciario y una vez expedidos fue conferido traslado al Ministerio Fiscal que ha informado en fecha de 21 de octubre de 2015 con el resultado que es de ver en autos.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- El artículo 72 del Reglamento Penitenciario de 1996 dispone que: “Son medios coercitivos, a los efectos del artículo 45.1 de la Ley Orgánica Penitenciaria, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicarán cuando no exista otra menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario”.

Añade el apartado tercero de dicho precepto que “la utilización de los medios coercitivos será previamente autorizada por el Director, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El Director comunicará inmediatamente al Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudieren aconsejar su mantenimiento”.

TERCERO.- En relación al interno y con relación a la aplicación del artículo 72 del Reglamento Penitenciario constan incoados los Expedientes 4480/15 y 4567/15. En ambos expedientes se dictaron en sendos autos de fechas 2/09/2015 y 7/09/2015 en cuya parte dispositiva se hizo constar: “Manifiestar conformidad con la aplicación de la medida coercitiva de AISLAMIENTO PROVISIONAL del artículo 72 del Reglamento Penitenciario y su cese impuesta sobre el interno F.V.D. Asimismo, se acuerda el ARCHIVO del presente expediente dejando nota en el libro de registro correspondiente. Notifíquese la presente al interno y al Ministerio Fiscal, y remítase testimonio al Centro Penitenciario de Alicante II de Villena, para su cumplimiento”.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, vistas las manifestaciones del interno, los informes del Centro Penitenciario y del Ministerio Fiscal, solo cabe proceder a la estimación parcial de la queja, ya que si bien. El aislamiento provisional debe aplicarse: a) Por los motivos tasados en el artículo 45.1 Ley Orgánica General Penitenciaria; b) Con el único fin de restablecer la normalidad y por el tiempo estrictamente necesario, entendiéndose recomendable que no dure más allá de la hora u horas estrictamente necesarias, evitando así además el deterioro físico y psíquico del interno cuyo responsable es el médico que haya firmado favorablemente el aislamiento, a quien le corresponde el inicial y continuado control de la aplicación de la medida (artículo 72.2 in fine Reglamento Penitenciario);

c) La utilización de la medida debe comunicarse al Juez de Vigilancia inmediatamente (artículo 45.2 Ley Orgánica General Penitenciaria y 72.3 Reglamento Penitenciario) (en un plazo nunca superior a 24 horas según el Auto que transcribimos, sin embargo 24 horas no equivale a inmediatamente) explicando: el supuesto que lo haya motivado, la relación circunstancial de los hechos, día y hora de la adopción de la medida, el informe médico, si la medida ha sido autorizada por el director o si sólo se le ha comunicado, duración si ya ha cesado; y si se ha incoado un expediente disciplinario por los hechos; d) No cabe la utilización de esta medida como una sanción anticipada; e) En su caso cabría la interposición del correspondiente recurso de alzada contra la medida/sanción indebidamente aplicada. (Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Málaga de 23 de enero de 1992) (Modelo número 58).

Si existen motivos de urgencia para hacer uso de tales medios se comunicará directamente al director, quien pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubiesen dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiese aconsejar su mantenimiento (artículo 72.3 Reglamento Penitenciario). De esta manera el Juez se da por enterado. Comunicará a la cárcel su conformidad, o bien, si considera que es desproporcionado, ordenará que se deje sin efecto la utilización de los medios coercitivos empleados. La finalidad es el control de la ejecución de la pena de prisión por parte del Poder Judicial, al estar recogido este mandato en el artículo 117.3 de la Constitución (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Sevilla de 6 de junio de 1990). Queda claro, por tanto, que estas medidas son controlables judicialmente, tanto de los medios concretos utilizados como en la duración (inicio y cese) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Sevilla de 7 de octubre de 1991.

Teniendo en cuenta la Instrucción 3/10 de Protocolo en Materia de seguridad, no se exige la notificación al interno de manera inmediata pero reestablecida la normalidad debería serle notificado el acuerdo al interno, como acto administrativo que afecta a los intereses del interno, ex artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resultando viable y efectivo la posibilidad de impugnación del interno, a estos solos efectos cabe la estimación parcial de la presente queja.

Por todo ello debe concluirse que procede estimar parcialmente la queja formulada, requiriendo mediante la presente resolución a la Dirección del Centro Penitenciario de Alicante II Villena, para que en lo sucesivo, el acuerdo de notificación de medios coercitivos, como acto administrativo que afecte a los intereses del interno, sea notificado al interno, ex artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación;

DISPONGO

Estimar parcialmente a la queja del interno F.V.D. por lo expuesto en los Razonamientos Jurídicos Tercero y Cuarto de la presente resolución que damos por reproducidos.

129.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 20/07/16

Desestimación de queja por registro en celda desproporcionado.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por la Dirección del Centro Penitenciario de Madrid II (Alcalá de Henares), con fecha 16 de marzo de 2016 se procedió a remitir queja presentada por el interno I.I.B. relativa a haber sido objeto de registro en celda desproporcionado, la que fue remitida para su trámite ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

SEGUNDO.- Que por dicho Juzgado Central, y previos los trámites legales procedentes, oído el Ministerio Fiscal, con fecha 20 de Abril de 2016 se dictó resolución por la que se acordaba “Se desestima la queja del interno I.I.B. del Centro Penitenciario Madrid II”.

TERCERO.- Seguidamente por la representación procesal del penado se interpuso recurso de apelación, dándose traslado del escrito al Ministe-

rio Fiscal el cual se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal.

CUARTO.- A continuación recibidas las mismas par este Tribunal, sé incoó el correspondiente rollo, registrado al n° 456/2016 se turnó de potencia y dio lugar a que en el día de la fecha se procediera a su deliberación y votación que fue adoptada con el siguiente contenido.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Se fundamenta el recurso de la representación procesal del penado I.I.B., contra el auto de 20 de abril de 2016 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria desestimatorio de la queja interpuesta por dicho interno en el sentido de que le fue realizado registro en la celda de forma desproporcionado, teniendo derecho a estar presente en el registro y a lo que se insiste por el Ministerio Fiscal en el contenido del auto, ya que dicho registro se realizó en forma adecuada.

SEGUNDO.- Del contenido de las actuaciones se deriva que el auto recurrido recoge puntualmente la normativa aplicable, artículos 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 65 y 68 del Reglamento Penitenciario, de los que se deriva la no necesidad de la presencia del penado en el registro de la celda, al no ser considerada domicilio, no precisando la autorización judicial para su entrada en las mismas.

Respecto de la forma en cómo se realiza el registro, el Juzgado recoge la manera en que los mismos se llevan a cabo, y motiva desplazamientos de objetos, lo que se realiza diariamente desde hace tiempo a los internos clasificados en primer grado. Así como la comunicación posterior a los mismos del resultado del registro.

TERCERO.- Que en orden a la cuestión planteada por el penado, cabe señalar el criterio Jurisprudencial establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2012 que establece:

3. De acuerdo con las anteriores precisiones el objeto de nuestro pronunciamiento se ciñe exclusivamente pues a comprobar si, como se denuncia en la demanda, el registro considerado por el modo en que se practicó, en ausencia del recurrente y sin darle cuenta posterior de su resultado,

lesionó su derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución Española), o si por el contrario, como opina por su parte el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, el mismo es constitucionalmente irreprochable dadas las circunstancias del caso y, en particular, el hecho de que el recurrente estuviera cumpliendo condena en régimen cerrado a consecuencia de su clasificación como penado en primer grado dada su peligrosidad extrema, que está reconocida incluso por el propio interesado, y su consecuente sujeción al registro diario de la celda que ordena el artículo 93.1.2 del Reglamento Penitenciario.

4. En el presente asunto, según se ha señalado, el registro cuestionado se practicó sin notificación previa al recurrente y sin que se le informara tampoco de su resultado. Importa no obstante recordar que, como también consta anotado en los antecedentes, el recurrente cumplía condena en régimen cerrado en un departamento de aislamiento y en celda individual, y que el controvertido registro se practicó en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 93.1.2 del Reglamento Penitenciario que establece para dicha modalidad regimental que “diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos”. Por último, consta asimismo en las actuaciones remitidas a este Tribunal el informe del Subdirector de seguridad del centro penitenciario que justificó la ausencia del recurrente durante el registro en “evidentes razones de seguridad”.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y con arreglo a la doctrina Constitucional que más arriba hemos recordado debemos concluir que el registro cuestionado en el presente proceso constitucional no vulneró el derecho a la intimidad del demandante de amparo, toda vez que, habiéndose practicado el registro en su ausencia por las razones antes indicadas, del hecho mismo de no haber sido formalmente informado con posterioridad al registro pudo inferir sin dificultad la información que es constitucionalmente exigible. En efecto, esa conclusión se impone no sólo ya porque el recurrente conociera de antemano que el registro de su celda iba a producirse de forma diaria y rutinaria (en cumplimiento del mayor control y vigilancia sobre los internos que cumplen condena en régimen cerrado a que obligan los artículos 10.3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y 90.2 del Reglamento Penitenciario), sino sobre todo porque el hecho de que no se le diera cuenta inmediata posterior del contenido del registro y de su resultado significa necesariamente que éste

fue negativo en el caso analizado y que no hubo en él, por tanto, ninguna incidencia relevante.

Ahora bien, el hecho de que el interno conozca de antemano que el registro de su celda va a producirse –y de que las normas citadas contemplan y habiliten el registro practicado– no permite concluir que pueda ser obviada la exigencia constitucional de comunicación a posterior a dicho interno de las incidencias habidas en la práctica de la diligencia, tanto en su desarrollo como en su resultado, puesto que si se producen la Administración Penitenciaria mantiene la obligación constitucional, ex artículo 18.1 de la Constitución Española, de comunicárselas en un plazo razonable, toda vez que tales incidencias, en los términos de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2006, FJ 5, suponen una limitación del poder de disposición del interno sobre su ámbito personal de intimidad, autónoma e independiente al mero conocimiento del registro, y no afectadas, por tanto, por la circunstancia de la previsión normativa de su práctica diaria y rutinaria.

CUARTO.- Que en base a lo anterior es evidente que en el presente caso no cabe objetar la conducta de la Administración Penitenciaria, que se ajusta derecho, sin que se aprecie desviación o abuso de derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA desestimar el recurso presentado por la representación procesal de I.I.B. contra el auto de 25 de abril de 2016 por el que se desestimaba la queja formulada por dicho interno sobre registro de la celda y su presencia en el mismo, y en su consecuencia debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS las resoluciones citadas, desestimando la queja del interno mencionado contra la actuación del Centro Penitenciario de Madrid II.

130.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 08/06/16

Desestimación de queja por registro de celda sin estar el interno presente.

Antecedentes de hecho

Único.- En este Juzgado se tramita expediente PYQ 1129/16-1, en virtud de escrito remitido por el interno E.A.G. del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una queja por registro de celda sin estar el interno presente.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece que 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.

SEGUNDO.- La queja planteada por el interno debe ser desestimada por las razones que a continuación se señalan. En primer lugar debe indicarse que la interpretación que hace de los derechos fundamentales que cita no se ajusta a la legalidad en supuestos como el que se contempla, en el que se trata de sujeción, relación que se establece entre la Administración Penitenciaria y el condenado, supone, por razones obvias de seguridad y buen orden del Establecimiento, la limitación de dichos derechos. Puede afirmarse que la requisita practicada en su celda, que permitió la incautación de objetos cuya tenencia le estaba prohibida, y realizada siguiendo las exigencias del artículo 63 del Reglamento Penitenciario, en absoluto violenta los derechos constitucionales a la dignidad y a la intimidad como señala la

Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, el registro de la celda de un interno no violenta el derecho constitucional a la intimidad si, como en el presente supuesto, está justificada por razones de seguridad y buen orden del Establecimiento y se notifica al interesado, ya sea simultáneamente o a posteriori si como en la situación que analizamos la notificación previa podría desvirtuar la finalidad de la requisita. Una vez realizada, el resultado fue puesto en conocimiento del interno al que se le incoó el correspondiente expediente disciplinario.

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

Parte dispositiva

SE DESESTIMA la queja formulada por el interno E.A.G. al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, ARCHIVÁNDOSE el presente expediente.

131.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 21/10/15

Posibilidad de apertura parcial y temporal de celdas por la noche.

Hechos

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, J.L.O.G., interno entonces en el departamento nº 4, solicitando la que durante el periodo estival las celdas permanezcan abiertas un 10% hasta las doce de la noche, al igual dice que en otros módulos.

SEGUNDO.- Se remitió la petición al Ministerio Fiscal que interesó la desestimación de la misma.

Fundamentos jurídicos

Único.- El artículo 76.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria, señala como de la competencia de los jueces de vigilancia penitenciaria, el conocimiento y resolución de aquellas peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen o tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos. Así pues, es precisa la previa existencia de un acto, o hecho, sobre el que interponer el interno la queja o petición cuya resolución interese del juzgado de vigilancia penitenciaria y, por supuesto, dicha cuestión ha de venir referida al tratamiento o régimen penitenciario, quedando por lo tanto excluidas del ámbito competencial objetivo de los juzgados de vigilancia penitenciaria, entre otras muchas, toda cuestión que suponga dar órdenes de funcionamiento al Centro Penitenciario que es competencia exclusiva de los órganos de dirección del mismo. Lo que ocurre en el caso que no ocupa que es competencia exclusiva del Director el señalar el horario de apertura total o parcial de las puertas de las celdas, que es cuestión además que puede afectar directamente a la seguridad del centro.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, SS^a dijo:

DISPONGO

Que debía declarar la incompetencia de este juzgado para conocer de la petición presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, J.L.O.G., referida a la apertura parcial de las puertas de las celdas.

CAPÍTULO XVI

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

132.- AUTO 1019/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE FECHA 05/12/16

Estimación de recurso de apelación acordando la suspensión de pena a delincuente no primario.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Granada, en la Ejecutoria n.º 101/16 seguida contra P.F., se dictó con fecha de 29.8.16 auto por el que se denegada la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al condenado.

SEGUNDO.- Contra dicho auto, la representación procesal del penado interpuso recurso de reforma en el cual, tras exponer los motivos que estimaba oportunos, terminaba con el suplico de que se revocara la resolución recurrida y se le concediera el beneficio solicitado.

Admitido a trámite el recurso de reforma e impugnado por el Ministerio Fiscal, fue desestimado por auto de 28.9, contra el que el condenado interpuso recurso de apelación en el que insiste en su pretensión. Admitido a trámite el recurso de apelación se dio traslado del mismo a las partes personadas por cinco días, siendo impugnado por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Remitida a esta Audiencia Provincial testimonio de los particulares de la Causa designados para la sustanciación de la apelación, y turnado en reparto su conocimiento a la Sección Segunda, fue designado ponente el Magistrado D. Javier Ruiz Casas; quedando los autos para resolución.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal n.º 4 de Granada dictó sentencia de fecha 14.1.16 por la que condenaba a P.F. como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de multa de 469 euros con arresto sustitutorio de cinco días en caso de impago.

El auto de 29.8.16 deniega la suspensión de la pena por no ser el penado un delincuente primario. Asimismo el auto de 28.9.16, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el primero, rechaza la aplicación del artículo 80.5 del Código Penal al no existir indicio alguno que acredite que el penado cometió los hechos por los que fue condenado a causa de su adicción a sustancias estupefacientes.

El recurrente interesa la suspensión de la prisión, en aplicación del artículo 87 del Código Penal, por encontrarse en tratamiento de desintoxicación. Subsidiariamente solicita la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad o por multa, según lo dispuesto en el artículo 88.1 y 2 del Código Penal .

SEGUNDO.- En este caso, se solicita, en primer lugar, la suspensión de la pena de prisión en aplicación del artículo 87 del Código Penal. Tras la modificación del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30.3 –en vigor desde el 1.7.15, es decir, con anterioridad a la firmeza de la sentencia de la que trae causa esta ejecución y al inicio de la presente ejecutoria–, el supuesto contemplado en el artículo 87 ha pasado al artículo 80.5, en cuyo primer párrafo podemos leer lo siguiente: «Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones neces-

rias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.- En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación».

Por lo tanto, tres son los requisitos que deben concurrir para que la pena pueda suspenderse al amparo del artículo 80.5 del Código Penal : en primer lugar, que la pena privativa de libertad no sea superior a cinco años; en segundo lugar, que el penado haya cometido el delito a causa de su grave adicción a las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20 del Código Penal ; y, en tercer lugar, que se haya certificado suficientemente que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

Sobre el cumplimiento de los requisitos primero y tercero no se plantean dudas: la pena de prisión impuesta es de seis meses y se aporta informe del Centro Penitenciario de Jaén según el cual el tratamiento de deshabitación seguido por el penado presenta una evolución favorable.

Las dificultades surgen en relación con el segundo de estos requisitos. El artículo 80.5 –como tampoco el anterior artículo 87– no exige expresamente que se declare probada en sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fuese realizada por motivo de tal situación, por lo que no constituye un requisito ineludible para la concesión de la suspensión de la pena. Asimismo, la no apreciación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.2ª del Código penal o de la eximente incompleta del artículo 21.1ª en relación con el artículo 20.2º ambos del citado cuerpo legal , no impide la concesión del beneficio de la suspensión de la pena de prisión prevista en dicho precepto. Ahora bien, la condición de drogadicto no es suficiente para la aplicación del precepto regulador de esa modalidad de suspensión de pena, es preciso que en ejecución de sentencia se constate que el hecho punible fue cometido a causa de la adicción del sujeto a alguna de las sustancias señaladas en el mencionado artículo 20.2º.

En el caso del recurrente, del informe del Centro Penitenciario de Jaén –en el que consta diagnóstico de trastorno mental y del comportamiento debidos al uso de cannabinoides: intoxicación aguda– puede concluirse

que era adicto al consumo de marihuana y sus derivados con anterioridad al momento de la comisión de los hechos delictivos por los que fue condenado, y aunque es cierto que en la sentencia no se establece la condición de consumidor de drogas del recurrente ni su relación con el delito, ello no significa que no pueda afirmarse que dicha adicción, haya sido, en el fondo, la causa de su conducta delictiva, en tanto que la adicción al consumo de una sustancia estupefaciente no significa otra cosa que la existencia de una dependencia física y psíquica a la misma que determina que el sujeto necesite seguir consumiéndola y tal adicción no necesariamente comporta una merma de su imputabilidad cuando el sujeto no delinque bajo el síndrome de abstinencia a las drogas de las que es consumidor o cuando el consumo continuado de las drogas no le ha afectado a su intelecto o a su voluntad, limitando, en este último caso, su capacidad para decidir realizar una conducta distinta que la delictiva, pero a pesar de ello es posible que su adicción sea la causa de su conducta delictiva cuando tiene por objeto obtener los medios económicos con los que financiarse la adquisición de la droga, que es precisamente lo que entendemos acaecido en el caso del recurrente porque así razonablemente se infiere de la finalidad económica del delito contra la salud pública cometido por el penado al estar en posesión de 83,97 gramos de marihuana.

Así las cosas, siendo la drogadicción la causa de la comisión del hecho delictivo por el que ha sido condenado el recurrente en esta causa y teniendo en cuenta, además, el seguimiento favorable del tratamiento instaurado, la duración de la pena –seis meses de prisión–, el hecho de que en fechas recientes se le haya concedido este beneficio pese a ser la pena impuesta de mayor duración –el 22.4.16 se suspende por tres años una pena de dos años de prisión por un delito de lesiones y el 1.3.16 se suspende por dos años una pena de un año de prisión por un delito de atentado– y la finalidad resocializadora de la suspensión de la ejecución de la pena regulada en el artículo 80.5 del Código Penal, pues trata de incentivar la deshabitación de aquellas personas que delinquen por su drogodependencia, todo ello determina la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta al penado.

Procede, por lo tanto, con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocar la resolución recurrida y conceder al penado la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por un plazo de dos años condicionada a que no cometa un delito en el mentado plazo y a que no

abandone el tratamiento de deshabitación que sigue en el Centro Penitenciario de Jaén, que deberá informar sobre la evolución de dicho tratamiento semestralmente y a la conclusión del mismo.

TERCERO.- Dada la índole del recurso resuelto y la fase del proceso en que ha sido deducido, serán de oficio las costas procesales de esta alzada.

Vistos los artículos citados así como los de general y procedente aplicación, esta Sección Segunda de esta Audiencia Provincial

ACUERDA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D. ^a Julia Domingo Santos, en nombre de P.F., contra el auto de 28.9.16 dictado por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Granada en la Ejecutoria de referencia, acordando en su lugar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por un plazo de dos años condicionada a que no cometa un delito en el mentado plazo y a que no abandone el tratamiento de deshabitación que sigue en el Centro Penitenciario de Jaén, que deberá informar sobre la evolución de dicho tratamiento semestralmente y a la conclusión del mismo. Sin costas.

133.- ACUERDO DE A.P. VALLADOLID DE FECHA 07/01/16

No procede la suspensión de penas de prisión en sentencia por delitos con pena individual de prisión inferior a dos años y por otros delitos con penas superiores a ese periodo.

Pleno no jurisdiccional secciones penales Audiencia Provincial de Valladolid.

En Valladolid a siete de enero de dos mil dieciséis.

Orden del día:

Punto Primero.- Problemática derivada de la disposición Transitoria 4^a de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo respecto de las antiguas faltas

perseguidos de oficio que han pasado a ser constitutivos de delitos leves sometidos al régimen de la denuncia previa, como es el supuesto de lesiones y malos tratos contemplados ahora en el artículo 147.2 y 3 del Código Penal, y antes previstos en el artículo 617 del Código Penal.

Establece la disposición transitoria cuarta, de la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en su punto 2 que: “La Tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal tramitación, salvo que el legitimado para ello manifieste expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tras la deliberación de las dos Secciones Penales de la Audiencia Provincial, llegan sus Magistrados por unanimidad al siguiente acuerdo:

En el caso de que se haya producido la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, cabe deducir responsabilidad penal, pues la infracción criminal no ha quedado destipificada en la nueva redacción del Código Penal y se ha cumplido con el requisito de perseguibilidad actualmente exigido, siendo de aplicación la disposición transitoria cuarta, 1, en virtud de la cual “la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de la ley Orgánica 1/2015, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Punto Segundo: Problemática relativa a la posibilidad de aplicación de la suspensión extraordinaria de penas de prisión, cuando el acusado haya sido condenado en la misma sentencia por diversos delitos, alguno o algunos de ellos con penas individuales de prisión no superiores a dos años y por otro u otros delitos con penas privativas de libertad individualmente superiores a dos años. ¿Cabe la aplicación de la suspensión extraordinaria respecto a esos delitos condenados individualmente con penas no superiores a dos años, ejecutándose la condena y cumplimiento de las penas

privativas de libertad respecto a aquellos otros delitos condenados individualmente a penas superiores a dos años?

Por unanimidad se acuerda que en este supuesto no procede aplicar la suspensión extraordinaria respecto a tales delitos castigados individualmente con penas de prisión no superiores a dos años.

La norma del artículo 80.3 del Código Penal, solo prevé para la posible concesión de este beneficio que cada una de las penas impuestas en la misma sentencia, no superen individualmente los dos años de prisión, sin que el legislador haya pretendido ampliar este beneficio extraordinario a más supuestos. Uno de los fines que entendemos persigue el legislador con dicha norma es posibilitar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a dos años), no ingresando el condenado a ellas en Centro Penitenciario. Esta finalidad no se cumplirá, cuando alguna de las penas impuestas en una misma sentencia es superior a dos años y el condenado a ella tiene en consecuencia que ingresar en Centro Penitenciario para su cumplimiento.

Punto Tercero: Se acuerda por unanimidad actualizar las indemnizaciones derivadas de lesiones dolosas, respecto a hechos acaecidos a partir del 1 de enero de 2016, con inclusión de esta fecha.

Las citadas indemnizaciones serán las siguientes:

Día de hospitalización 95 euros.

Día de incapacidad sin hospitalización 83 euros.

Día en que una personas tarda en curar de su Lesiones sin esta impedido 50 euros.

El fundamento de la mayor indemnización por hechos dolosos que respecto a los imprudentes, se motiva en el mayor daño moral producido.

Se resuelve enviar los presentes acuerdos a la Fiscalía, Órganos Judiciales Penales de la Capital y de la Provincia y al Colegio de Abogados de Valladolid para su conocimiento.

134.- AUTO 765/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 01/12/16

Denegación de la suspensión de la pena por incumplimiento de las condiciones impuestas.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- F. fue condenado ejecutoriamente a la pena de seis meses de prisión como autor de un delito de estafa, quedando obligado también a indemnizar a la sociedad limitada “Martínez Albainox” en la cantidad de 13.854 euros.

SEGUNDO.- En los hechos probados de tal sentencia se puede leer lo siguiente: “ÚNICO: SE DECLARAN PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS. La acusada A., mayor de edad y sin antecedentes penales, es propietaria de “Armería Medina” situada en el Centro Comercial “Zoco” de Córdoba, hallándose al frente del mismo el también acusado y esposo de la anterior F., mayor de edad y sin antecedentes penales.

Durante el año 2009, ambos acusados, de común acuerdo y con el ánimo de obtener un beneficio ilícito, realizaron numerosos pedidos de material a la empresa “Martínez Albainox S.L.” por un valor total de 13.854,04 €, cuyo abono mediante transferencia fue simulado por los acusados haciendo uso del programa de Internet Banesnet de la entidad Banesto, rellenando una simulación de transferencia cuya copia de pantalla hacían llegar a la empresa Martínez Albainox S.L. la cual en la creencia errónea de que la transferencia bancaria del precio del material solicitado se había efectuado, le remitía los pedidos.”

TERCERO.- En fecha 19 de marzo de 2015, F. solicitaba la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al no contar con antecedentes penales al tiempo de la comisión del delito, ser una pena privativa de libertad inferior a 2 años y realizar un compromiso de pago de la cantidad adeudada de 150 € mensuales teniendo en cuenta que percibe una pensión de 576,23 € con la que alimenta a la familia, compuesta por él y su mujer y dos hijos.

CUARTO.- Por providencia de 7 de abril de 2015, la jueza de la Ejecutoria accede al fraccionamiento de pago solicitado, requiriendo al penado

para que haga el ingreso mensual de manera puntual, y apercibiéndole que la satisfacción de la misma es requisito indispensable para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

QUINTO.- En el año 2015, el penado hizo los ingresos correspondientes durante los meses de mayo, junio, julio, septiembre, octubre y diciembre. Al ser requerido para el cumplimiento de la obligación los meses que no lo ha hecho, refiere que abonará 600 € el 29 de febrero de 2016, lo que hace el 4 de marzo de ese año.

SEXTO.- El 16 de junio de 2016, la jueza de la Ejecutoria dicta providencia requiriendo al penado para que en el plazo de 5 días se ponga al corriente de pago, advirtiéndosele que es la última vez que se le requiere del cumplimiento fraccionado de pago de la indemnización, así como que el abono de la responsabilidad civil es requisito necesario para la concesión del beneficio de suspensión de la condena impuesta.

SÉPTIMO.- Tras la notificación correspondiente, y visto que el penado no abona cantidad alguna, en fecha 3 de agosto se decide pasar las actuaciones a las partes para que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la suspensión de condena de la pena de seis meses de prisión.

OCTAVO.- En fecha 30 de septiembre de 2016, la jueza de la Ejecutoria decide denegar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de seis meses impuesta al penado F., al no concurrir los requisitos legales para ello.

NOVENO.- El 6 de octubre de 2016, el penado ingresa en la cuenta del juzgado la cantidad de 500 €.

DÉCIMO.- Contra esta última resolución, F. interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación para que se mantenga en suspenso la ejecución de la pena o, subsidiariamente, se procede a la sustitución de dicha pena por la de multa o trabajos en beneficio de la Comunidad.

DECIMOPRIMERO.- Por auto de 25 de octubre de 2016, se resuelve el recurso de reforma planteado en sentido desestimatorio. Admitido a trámite el recurso de apelación subsidiariamente planteado, se da traslado a las demás partes, solicitando el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso por entender que la resolución impugnada está ajustada a derecho.

DECIMOSEGUNDO.- El 3 de noviembre de 2016, un día después de la notificación del auto de referencia, el penado vuelve a ingresar en la cuenta del juzgado la cantidad de 150 €.

DECIMOTERCERO.- Recibida la causa en esta Audiencia el día 23 de noviembre de 2016, se ha formado el rollo oportuno y se ha turnado la ponencia al magistrado correspondiente, fijándose como día de deliberación el 1 de diciembre de ese año.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- La resolución recurrida y el objeto del recurso.

El auto apelado deniega la suspensión condicional de la pena impuesta en la sentencia al penado de seis meses de prisión. Y lo acuerda tras explicar la jueza que lo dicta el motivo que la lleva a decidir en ese sentido: pese a que el penado es delincuente primario y a que la pena impuesta no es superior a dos años, ha incumplido sin justificación alguna el compromiso de cómodos pagos alcanzado, y ello pese a los requerimientos y advertencias realizados, con lo que se ha de entender que no ha hecho esfuerzo alguno por cumplir con la responsabilidad civil contraída.

El recurrente argumenta contra esa decisión entendiendo que cumple con el plan de pagos según su limitada capacidad económica, solicitando subsidiariamente la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la de multa o trabajos en beneficio de la Comunidad.

SEGUNDO.- La ley aplicable a la suspensión de la pena

Como sabemos, los artículos 80 y 81 del Código Penal permiten que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, dejen en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años impuestas a delincuentes primarios que hayan satisfecho las responsabilidades civiles originadas, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, una decisión que queda siempre sujeta a los límites y las condiciones expresamente establecidos en tales preceptos legales.

A través de este beneficio contemplado por la ley se pretende evitar la distorsión a la debida resocialización del delincuente primario que podría

derivarse del cumplimiento material de la pena en un centro penitenciario, acomodando entonces esa rehabilitación social a las particulares características del penado, a quien se le conmina a cumplir determinadas condiciones procesales, familiares y sociales.

En lo que se refiere a la satisfacción de las responsabilidades civiles, el Código Penal entiende cumplida esa condición necesaria para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando el penado asuma el compromiso de satisfacerlas de acuerdo a su capacidad económica y sea razonable esperar que será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal le fije.

Se trata ésta de una modificación introducida en el Código por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que pretende equilibrar el cumplimiento de ese presupuesto ineludible en la obtención del beneficio penitenciario de la suspensión de ejecución de pena con la debida protección de los derechos económicos de la víctima.

TERCERO.- La decisión adoptada por la jueza de la Ejecutoria.

En el caso de autos, la protesta del recurrente está en que cumple las condiciones legalmente exigibles para obtener el beneficio de la suspensión condicional de la pena impuesta, en particular la exigencia ineludible establecida por el artículo 80.2.3ª del Código Penal porque viene pagando la responsabilidad civil según su capacidad económica. No tiene razón por lo que diremos de inmediato.

Los datos de interés sobre cómo está afrontando el penado el pago de la responsabilidad civil contraída en esta causa son los siguientes:

1º. La cantidad total a pagar a la sociedad víctima de su estafa es de 13.854 €.

2º. El compromiso de pago del penado, atendida su capacidad económica, fue de 150 € mensuales.

3º. El penado comienza a pagar en mayo del año 2015, no haciendo ese año los ingresos correspondientes a agosto y noviembre.

4º. Al ser requerido para el cumplimiento de la obligación los meses que no lo ha hecho, refiere que abonará 600 € el 29 de febrero de 2016, lo que hace el 4 de marzo de ese año.

5°. Durante los meses de abril, mayo y junio no hace ingreso alguno, por lo que durante este mes la jueza lo requiere para que en el plazo de 5 días se ponga al corriente de pago, advirtiéndosele que es la última vez que se le requiere del cumplimiento fraccionado de pago de la indemnización, así como que el abono de la responsabilidad civil es requisito necesario para la concesión del beneficio de suspensión de la condena impuesta.

6°. El penado hace caso omiso de tal requerimiento y en fecha 30 de septiembre de ese año la jueza resuelve denegar la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad impuesta, siendo seis días más tarde cuando el penado ingresa 500 €.

7°. En todo ese tiempo no se han alegado ni probado circunstancias extraordinarias de gasto o cambio a menos de la capacidad económica del penado.

Con ese escenario, lo que se pone en evidencia es el muy débil compromiso del penado de hacer frente a la responsabilidad civil asumida a través del plan de pagos acordado con el juzgado, llegando a desentenderse de tal deber aun mediando advertencias serias y claras de la jueza de que con esa actitud pasiva comprometía el beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad impuesta, y volviendo a él sólo cuando la decisión sobre el mismo ya estaba tomada. Y eso a pesar de que tal plan se ha diseñado atendiendo exclusivamente a su limitada capacidad económica, lo que pone de manifiesto la generosa prudencia de la jueza de la Ejecutoria a la hora de aceptarlo.

A partir de ahí, actúa con toda la lógica jurídica del mundo la jueza al reconocer que esa condición de cumplimiento ineludible, si se quiere beneficiar el penado de la suspensión condicional de la pena corta privativa de libertad impuesta, no puede darse por cumplida porque el penado, conocedor de la obligación y de las consecuencias directas de su incumplimiento, ha querido voluntariamente y de manera reiterada apartarse del compromiso de pago adquirido, con lo que ha de afrontar las consecuencias de ese comportamiento tan irresponsable. Y si eso ocurre, el penado se ha colocado por propia voluntad en la tesitura de no cumplir con la condición tercera del artículo 80.2 del Código Penal para poder obtener tal beneficio, desde la que la decisión judicial recurrida es lógica y racional.

En conclusión, aquí estamos en presencia de la denegación discrecional de un beneficio de suspensión de la ejecución de la condena que es ajus-

tada a la ley y que está motivada porque el penado no cumple con uno de los requisitos previos e ineludibles legalmente establecidos para su otorgamiento, el del compromiso razonable de cumplimiento de sus responsabilidades civiles, con lo que esta Sala, llamada funcionalmente a corregir sólo las resoluciones inmotivadas, incoherentes, ilógicas o desviadas del ordenamiento jurídico pronunciadas en la primera instancia, va a respetar el sensato criterio jurídico que alimenta la resolución combatida.

CUARTO.- La sustitución de pena solicitada subsidiariamente por el recurrente no es legal.

Como sabemos, el beneficio de la sustitución de las penas privativas de libertad estaba contemplado en el artículo 88 del Código Penal hasta la reforma operada en esta norma por el artículo Único de la Ley Orgánica 1/2015, de 10 de marzo, que precisamente se encarga de derogar tal precepto.

Con aquella regulación legal se pretendía que las penas privativas de libertad de corta duración no obstaculizaran, dificultaran o impidieran la reeducación y reinserción social del penado, último y superior objetivo que ha de marcarse el cumplimiento de toda sanción penal, como reconoce el artículo 25.2º de la Constitución, cambiándose la estancia en prisión de la persona condenada que no sea reo habitual por otras penas menos afflictivas a sus derechos fundamentales y, las más de las veces, más eficaces a ese objetivo resocializador que se buscaba. Era una decisión facultativa del tribunal que tendría que motivar adecuadamente, atendiendo a las particulares circunstancias del caso y del culpable, y una vez que las partes hubieran dado su opinión al respecto.

Pues bien, desde el día en que entró en vigor tal reforma legal –1 de julio de 2015–, el beneficio solicitado por la recurrente ya no existe, porque ahora lo que hace la ley (artículo 84 del Código Penal) es dejar que el juez, facultativamente, imponga una multa o trabajos en beneficio de la Comunidad a los reos que tienen suspendida la ejecución de una pena.

Entonces, inexistente tal facultad legal, la petición que hace el recurrente no puede ser tenida en cuenta, por mucho que la misma existiera a la fecha en que ocurrieron los hechos enjuiciados, toda vez que una aplicación retroactiva de tal disposición procesal contenida en el Código Penal no cabe aunque subjetivamente pudiera entenderse más favorable al reo.

Y es que el artículo 9.3 de la Constitución garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, que equivale a reconocer la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables o restrictivas de derecho, pero no la retroactividad de las disposiciones no sancionadoras aunque puedan acabar resultando restrictivas de derecho, y la regulación legal de la sustitución de una pena por otra no es, en modo alguno, de las que han de tenerse como sancionadoras. En ese sentido, en el de la irretroactividad de los institutos procesales de ejecución, abunda la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, la que advierte que “...a la hora de aplicar el principio de retroactividad en lo favorable, debemos distinguir entre la configuración de las leyes penales, que son las que tipifican las infracciones criminales, o lo que es lo mismo, la propia estructura típica de los hechos punibles, para las cuales se prevé la retroactividad favorable al reo, de aquellos otros institutos atinentes a la ejecución procesal, como por ejemplo, el que podría referirse a la aplicación de una institución virtualmente desaparecida como la sustitución prevista en el antiguo artículo 88, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución...”.

Así las cosas, el recurrente tampoco puede obtener el beneficio solicitado pretendiendo la aplicación retroactiva –ex artículo 9.3 de la Constitución– de un mecanismo de sustitución de penas que ni siquiera existe.

QUINTO.- Costas procesales.

La Sala no aprecia que el recurrente haya incurrido en temeridad o mala fe a la hora de interponer su recurso de apelación, mostrando más bien la intención de defender su derecho a la libertad hasta sus últimos extremos, razón por la que no procede imponerle las costas de esta instancia y sí declararlas de oficio. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por F. contra el auto de 30 de septiembre de 2016 dictado en la Ejecutoria nº 82/2015 por la

jueza de lo Penal nº 4 de Córdoba, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta instancia.

135.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE CIUDAD REAL DE FECHA 13/05/15

Estimación de recurso declarando remitida pena suspendida pese a comisión de nuevos delitos.

Hechos

PRIMERO.- Por medio de escrito con fecha de entrada en el Servicio Común General de 25 de marzo de 2015, la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del condenado S.S.M., interpuso recurso de reforma, contra el Auto de fecha 14 de mayo de 2014 por el que se acordaba la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

SEGUNDO.- por Providencia de 7 de abril de 2015, se tiene por interpuesto, en tiempo y forma el recurso, de reforma planteado, del que se da traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas a fin de que formulen por escrito las alegaciones que tuvieren por conveniente.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, el Ministerio Fiscal, por medio de escrito de fecha 22 de abril de 2015, se opone a la estimación del recurso interpuesto, al considerar ajustada a derecho la resolución recurrida.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Como único motivo de impugnación alega el recurrente la improcedencia de la revocación de la suspensión comedida, por cuanto la comisión de los delitos que motivan la revocación fue posterior al plazo de tres años de suspensión.

Expone el recurrente que el auto que acordó la suspensión de la ejecución de la pena de prisión por un plazo de tres años, es de fecha 30 de octubre de 2007. Auto que fue notificado al procurador del condenado el día 9 de noviembre de 2007. Entiende el recurrente que ese día 9 de noviembre de 2007 es el “dies a quo” para el cómputo del plazo de tres años de suspensión. Y no cuando se notifica personalmente al condenado, esto es el 28 de agosto de 2009. En definitiva, sobre la base del artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la doctrina jurisprudencial que cita, sostiene que el plazo de suspensión de tres años debe computarse desde la fecha de la notificación al procurador, es decir, 9 de noviembre de 2007. Por lo que los delitos cometidos en fechas 9 de junio de 2011 y 14 enero 2012, estaría fuera del plazo de suspensión.

SEGUNDO.- Se plantea ante este Juzgado la cuestión -como siempre trascendente- de revocar al penado reseñado en los hechos de esta resolución, el beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad que le fue impuesta.

Consta en las presentes actuaciones que por Auto de fecha 30 de octubre de 2007, se le concedió al condenado S.S.M. el beneficio de la suspensión de la pena de dos años, prisión impuesta conforme a los artículos 80 y ss. del Código Penal habiendo quedado dicha suspensión condicionada a que no vuelva a delinquir durante el plazo de tres años. Hay que significar, que dicha resolución no acuerda la notificación personal de la resolución al condenado a fin de advertirle de las consecuencias del incumplimiento de la condición.

Asimismo consta que el citado Auto fue notificado al procurador del condenado en fecha 9 de noviembre de 2007. Debiéndose traer a colación lo dispuesto en el artículo 182 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual establece que:

«Las notificaciones, citaciones y emplazamientos podrán hacerse a los Procuradores de las partes.

Se exceptúan:

1º) Las citaciones que por disposición expresa de la Ley deban hacerse, a los mismos interesados en persona.

2º) Las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria es éstos.”

Y si bien es cierto, como señala el Auto recurrido, que la notificación personal al condenado del auto que acuerda la suspensión se produce el 28 de agosto de 2009, ello no quiere decir que el inicio del cómputo plazo de suspensión deba partir de ese momento. Pues cómo de forma clara expone la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, en su Auto de fecha 19 de mayo de 2008, “la actual regulación de institución de la suspensión de la ejecución la pena privativa de libertad no exige notificación personal al condenado”.

Por ello, y conforme a una interpretación más favorable al reo, hay que entender que el plazo de tres años de suspensión debe computarse a partir de la notificación al procurador, que en el presente caso tiene lugar el 9 de noviembre de 2007, siendo además esta interpretación la más acorde al régimen de notificaciones previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pues en modo alguno el artículo 182 del citado texto legal exige la notificación personal al condenado del Auto que acuerda la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

Por todo ello, en atención a la doctrina legal y jurisprudencial citada, debe entenderse que el plazo de suspensión debe computarse desde la fecha de notificación al procurador (9 de noviembre de 2007). Y partiendo de dicha fecha se comprueba que los delitos que motivaron la revocación de la suspensión se cometieron en fechas 9 de junio de 2011 y 14 de enero de 2012, es decir una vez finalizado el periodo de dicha suspensión. Por lo que procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida, debiendo además tenerse la pena por remitida conforme a lo establecido en el artículo 85.2 del Código Penal.

En virtud de lo expuesto,

Parte dispositiva

SS^a ACUERDA: ESTIMAR EL RECURSO DE REFORMA interpuesto por Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del condenado S.S.M., contra el Auto de fecha 14 de mayo de 2014, por el que se acordaba la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta. Y en consecuencia declarar remitida la pena de

dos años de prisión que le fue impuesta en la presente causa al condenado S.S.M.

136.- AUTO 694/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA DE FECHA 01/12/16

No procede la revocación de la suspensión una vez finalizado el plazo de garantía, aunque durante el mismo se hubiera cometido un delito.

Antecedentes procedimentales

Único.- Por parte de la representación procesal de P.E. se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha de 3 de noviembre de marzo de 2015 dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa en su ejecutoria 671/2013 que revocaba la suspensión de la pena privativa de libertad de 4 meses impuesta al mismo en sentencia firme de fecha de 7 de octubre de 2013, por un delito de maltrato sobre la mujer, suspensión acordada en fecha de 7 de octubre de 2013 y que vencía en fecha de 6 de octubre de 2015, por haber delinquido dentro del plazo suspensivo de 2 años, siendo condenado concretamente por sentencia firme de fecha de 16 de mayo de 2014 por un delito de maltrato en el ámbito familiar por hechos sucedidos en fecha de 5 de mayo de 2014, al entender que el cumplimiento de la pena situaría al mismo, muchos años después, en un entorno delincuenciaal ya abandonado, sin que exista alarma social ni especial peligrosidad, para acabar solicitando de forma subsidiaria la sustitución de la pena impuesta. El Ministerio fiscal impugnó tal recurso al entender que la decisión adoptada por el juzgador es plenamente ajustada a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal.

Ha sido Magistrado Ponente Francisco José Revuelta Muñoz.

Fundamentos de Derecho

Único.- Se cuestiona por la representación del Sr. P.E. la decisión de instancia por la que se revoca la suspensión en su día ordenada de la pena

impuesta por sentencia firme de 7 de octubre de 2013 por haber cometido un delito dentro del plazo de garantía, considerando que el apelante es merecedor de otra decisión menos gravosa atendiendo a sus propias circunstancias personales, así como a la corta duración de la pena impuesta y al tiempo transcurrido desde la imposición de la misma. El Ministerio Fiscal impugnó tal recurso al entender que la decisión adoptada por el juzgador es plenamente ajustada a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal.

Sin entrar a valorar el contenido del recurso interpuesto en su fondo, atendiendo a la voluntad impugnativa mostrada por la parte hoy apelante, debemos plantearnos la cuestión relativa al momento en que se debe proceder a realizar tal revocación de la suspensión, es decir cómo afecta el transcurso del tiempo en relación con la misma. Tal y como ya nos pronunciábamos en los rollos de apelación penal 928/2014 y 958/2014, una interpretación conforme de los estrictos términos típicos de los antiguos artículos 84 y 85, ambos del Código Penal, actualmente artículo 86 y 87 del mismo, en atención a los fines de protección y, desde luego, al principio constitucional de libertad obliga a considerar que solo cabe revocar lo que está suspendido no lo que ha estado suspendido. Por tanto, además del supuesto revocatorio -la comisión de un nuevo delito en el periodo de garantía- la decisión debe producirse durante el periodo ordenado de suspensión.

El artículo 86 del Código Penal precisa, en efecto, que el juez revocará la suspensión de la pena cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión suspensión ya no puede ser mantenida. Pero lo que la ley no previene es que trascurrido el término de suspensión se pueda revocar porque meses o años después se constate que el penado delinquirió. El artículo 87 del Código Penal, es cierto, anuda la remisión definitiva a que el penado no haya delinquirido durante el periodo de suspensión y que haya cumplido, en su caso, las reglas de conducta pero de ahí no cabe decantar una suerte de regla que habilite para en todo tiempo y circunstancia dejar sin efecto lo que debió, en su momento, dejarse sin efecto.

Haber delinquirido durante el periodo de garantía no comporta la revocación de la suspensión. Es un presupuesto necesario de la decisión revocatoria, lo que es muy diferente. Es la decisión judicial la que constituye el efecto revocatorio y como toda decisión deberá responder a exigencias de producción temporales y materiales. En efecto, puede resultar de la hoja

histórico-penal un antecedente anotado derivado de una condena firme producida durante el periodo de garantía pero si se aceptara la posibilidad ilimitada en el tiempo de revisión de las condiciones de remisión cabría que dicho antecedente fuera cancelable. No creemos que arroje muchas dudas que en este caso la regla del artículo 136.5 del Código Penal no permitiría tomar en cuenta dicho antecedente lo que impediría la revocación. Con ello queremos insistir en que la comisión del nuevo delito no provoca la revocación de la suspensión de la pena. Entre el delito y la consecuencia debe interponerse, siempre, una resolución jurisdiccional motivada producida en el tiempo oportuno.

De alguna manera el periodo de garantía deviene también en marco temporal de revisión de su propia eficacia como mecanismo subrogado de cumplimiento de la pena –Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2014–.

Cuando se trata de las reglas que determinan cuándo y cómo ha de privarse de libertad a una persona se debe ser particularmente exigente en la interpretación estricta de las cláusulas normativas. Nos explicamos. La regulación del ordinal segundo del artículo 86 Código Penal concede al juez la posibilidad ante el incumplimiento de las reglas de conducta de revocar la suspensión, imponer nuevas reglas de conducta o ampliar el periodo de suspensión. Pero tales opciones para que tengan sentido funcional, para que, a la postre, resulten efectivas solo pueden ordenarse antes de que se supere el periodo de ejecución suspensiva, valga la expresión. El tenor de la norma sugiere con claridad una relación sincrónica entre incumplimiento y decisión revisora de las condiciones de suspensión.

No sería admisible que años después de transcurrido el periodo de garantía se compruebe que ex tunc se incumplió alguna o todas las reglas de conducta impuestas y se ordenara un periodo complementario de suspensión o nuevas reglas de conducta. Y tampoco a nuestro parecer debería ser admisible que pueda dejarse sin efecto la suspensión con efectos ultra vires porque de igual modo se compruebe que se delinquirió en dicho periodo pero transcurrido éste con creces.

La Sala considera que no concurre ningún óbice procesal que impida atender a la finalidad explícita de la norma: que si se delinque durante el periodo de garantía se deje sin efecto la suspensión en curso, la que se está desarrollando en los términos temporales fijados en el auto que la ordena.

Y que ésta, y no otra, es la que debe determinar la interpretación teleológica y sistemática del régimen suspensivo.

Cabría objetar que no suele ser frecuente que los órganos de ejecución accedan a la información de condenas firmes al tiempo en que se producen pero siendo cierto, no desplaza el problema interpretativo axiológico. Porque no solo no se accede en tiempo real, valga la expresión, sino que lo frecuente es lo contrario: acceder trascurrido mucho tiempo después del momento en que debería haberse accedido a la información con las gravísimas consecuencias que pueden derivarse.

El hecho de que la realidad no describa un modo de actuación diligente de la administración de justicia encargada de la ejecución de penas no justifica que la norma se adapte a la disfunción hasta el punto de permitir que la decisión revocatoria pueda tomarse en cualquier momento –a salvo el límite de prescripción– con independencia del trascurso del periodo de garantía que establece la ley en su límite mínimo y máximo e individualiza el juez en la decisión suspensiva.

No nos enfrentamos a un caso excepcional. La Sala ha conocido supuestos en los que se revoca la suspensión casi ocho años después de haberse ordenado y trascurridos casi cinco años desde la finalización del periodo de garantía porque siete años antes durante el periodo de garantía se cometió un delito. La admisión de la revisión extemporánea de las condiciones de la suspensión puede producir como efecto que una persona se vea obligada a cumplir una pena privativa de libertad de corta duración –la del caso que nos ocupa es de cuatro meses de prisión– impuesta hace más de tres años. Un verdadero dislate contrario a toda razón axiológica sobre cómo y cuándo deben cumplirse las penas. En el presente caso al hoy apelante se le concedió el cumplimiento suspensivo en fecha de 7 de octubre de 2013 por un plazo de dos años, planteándonos si procede la revocación de la misma actualmente en noviembre de 2016, es decir, más de año después a la finalización del plazo suspensivo concedido.

Creemos que la lectura sistemática y conjunta de los artículos 86 y 87, ambos del Código Penal obliga a fijar como condiciones de revocación que se haya cometido un delito durante el periodo de garantía y que aquella se ordene antes de superarse dicho periodo. O lo que es lo mismo: trascurrido y superado el periodo de garantía sin haberse revelado en resolución judi-

cial la comisión de un delito o el incumplimiento de las reglas de conducta debería ordenarse la remisión.

El control con efectos revocatorios que precisan los artículos 86 y 87 Código Penal exige que se realice antes de que se supere el periodo suspensivo, por tanto con el límite del último día fijado.

Parte dispositiva

De lo expuesto, la Sala acuerda: haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación de P.E. contra el auto de fecha de 3 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Penal número 1 de Tortosa en su ejecutoria 671/2013, cuya resolución revocamos, ordenando que se tenga por remitida la pena de 4 meses de prisión impuesta al recurrente por sentencia firme de fecha de 7 de octubre de 2013.

CAPÍTULO XVII

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

137.- AUTO DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 03/06/16

La competencia para controlar el cumplimiento de una TBC establecida como condición de una suspensión de condena, corresponde al tribunal sentenciador y no al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

I. Hechos

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición y testimonios del expediente nº 46/16 del Penado J.L.S.M. del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Zaragoza planteando cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia, ejecutoria 1232/15, acordando por providencia de 28 de marzo, formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 22 de abril, dictaminó: “...no se trata de una pena en sí misma, sino de una medida o prestación que constituye una condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del citado texto legal apartado c) es competencia del Juez o Tribunal sentenciador el control del cumplimiento de dicha prestación impuesta como condición”.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado de vigilancia penitenciaria, desde la entrada en vigor de la LO 1/15, no es competente cuando el TBC se importe como medida o prestación que condiciona la suspensión de la ejecución...”

TERCERO.- Por providencia de fecha 18 de mayo se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 2 de junio para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

II. Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- De la exposición y testimonios recibidos se desprende que el Juzgado Penal nº 5 de Valencia dictó Auto de 23 de septiembre de 2015 de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de nueve meses, condicionada, entre otros requisitos, a que realice 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad, de conformidad con los artículos 80, 84.1.3º y 86 del Código Penal, lo que determinó la elaboración del plan de ejecución de las jornadas de TBC. Surge la cuestión de competencia acerca de quién –Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez sentenciador– debe controlar el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es quien ha promovido la cuestión y ha elevado Exposición razonada, se considera competente para controlar la ejecución de los trabajos en los supuestos en que los trabajos hayan sido impuestos como pena principal privativa de derechos. Por el contrario, sostiene que cuando los trabajos se acuerdan -como aquí sucede- al amparo de los artículos 80 y 84.1.3ª Código Penal, no se trata por ello de una verdadera pena sino de una condición o requisito para la suspensión condicional de la pena de prisión, en cuyo caso el control acerca del cumplimiento corresponde al Tribunal sentenciador. El Juzgado de lo Penal ha rechazado la inhibición y se estima incompetente para el control de la condición impuesta al amparo del artículo 84.1.3ª y para ello señala que el artículo 49 Código Penal fija el control por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, sin que quepa aplicar el artículo 18 del RD 840/11, de 17 de junio, que se refiere al “órgano jurisdiccional competente para la ejecución” por tratarse de norma de rango normativo inferior al Código Penal aprobado mediante Ley Orgánica. Planteando el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza esta cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal de Valencia.

SEGUNDO.- La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del Juzgado sentenciador, Penal nº 5 de Valencia. La LO 1/15 de reforma del

Código Penal ha modificado, en particular los artículos 84.1 y 80.3. Así el artículo 84.1 Código Penal, dispone que “el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas”, y en su apartado 3º se refiere a “la realización de trabajos en beneficio de la comunidad”, y de otro el vigente artículo 80.3, dispone: “Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

En el caso que nos ocupa se ha impuesto el cumplimiento de 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad, al amparo del artículo 84.1.3ª Código Penal, como regla o condición para la suspensión condicional de la prisión de 9 meses impuesta en sentencia.

TERCERO.- La principal consecuencia que la nueva normativa en general y los trascritos preceptos en particular han obrado es que los TBC, sin dejar de estar contemplados como pena principal (única o alternativa), han dejado de estar previstos como pena sustitutiva, al desaparecer el artículo 88 del Código Penal, y han pasado a regularse como un efecto, medida o regla de conducta ligada a la permanencia en el disfrute de la suspensión de la pena de prisión.

En suma existen ahora supuestos, como el analizado, en los que los TBC dejan de ser una pena en sentido estricto. Por lo tanto, los supuestos de concesión de la suspensión ampliada del artículo 80.3 y 84.3 del Código Penal que lleven aparejada la realización de unos TBC excluyen la intervención de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en su control. A mayor abundamiento, el resto de la normativa reguladora nos lleva a la conclusión de que la competencia corresponde al Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria. Así, el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria

establece que “el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta (...)”. Por otra parte, el Capítulo IV del RD 840/11 se denomina “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de las penas”, y es aquí donde todo lo relativo a las reglas de conducta vinculadas a la suspensión de la ejecución de la pena se atribuye “al órgano jurisdiccional competente para la ejecución” (artículo 18 del RD).

Por consiguiente, mientras que el control de la ejecución de la pena de TBC corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cualquier aspecto relacionado con las medidas condicionantes de la remisión condicional son competencia del órgano jurisdiccional competente para la ejecución, es decir, del Juzgado o Tribunal donde se tramita la ejecutoria, incluido a día de hoy los TBC que por efecto de los artículos 80.3 y 84.1 se impusieron. Y es que la regulación que la reforma 1/2015 del Código Penal hace de la revocación de la suspensión nos lleva a idéntica conclusión. Así el artículo 86 del Código Penal establece:

“1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para su suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

2. Si el cumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado”.

CUARTO.- Esas referencias a Juez o Tribunal y no al Juez de Vigilancia Penitenciaria son claras. De este modo, se contiene aquí una valoración análoga la que recoge el apartado 6º del artículo 49 del Código Penal, regulador de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, donde se distingue por un lado entre incidencias en la ejecución de carácter grave o reiterado (que supondrán una declaración de incumplimiento de la pena) y de otro las de perfil leve (en cuyo caso se establece la posibilidad de dar otras respuestas distintas a la declaración de incumplimiento), y en todo caso mientras el artículo 49 del Código Penal atribuye la competencia para

valorar el incumplimiento al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el artículo 86 hace lo propio con el Juez o Tribunal sentenciador. Y es que carecería de sentido que el control de la medida de TBC en casos de suspensión condicional (artículo 84.1.3 del Código Penal) recayera sobre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, quien podría dictar un auto de incumplimiento, cuando como se ha visto dicha valoración se encomienda al sentenciador expresamente por el artículo 86 del Código Penal, quien podría efectuar su análisis y concluir, contrariamente a lo resuelto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que se continúe con la ejecución de la medida por no ser un incumplimiento grave o estar justificado.

La nueva naturaleza del TBC como “prestación o medida” (artículo 84 del Código Penal) que condiciona la suspensión la sitúa fuera del ámbito de aplicación del artículo 49 del Código Penal, al no ser ya pena, por lo que el control de su cumplimiento debe volver al tribunal sentenciador, al que alude expresamente el nuevo artículo 85 del Código Penal para atribuirle la posible modificación, por cambio de circunstancias, de la decisión adoptada conforme a los artículos 83 y 84 del Código Penal o de las prohibiciones, deberes o prestaciones acordadas, así como la revocación de la suspensión (artículo 87 del Código Penal). Por lo expuesto, los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en el auto de 3 de julio de 2015, ejecutoria número 116/2015, ha sido como consecuencia de la aplicación de los artículos 80.1 y 84.1, 3º del vigente del Código Penal, L.O. 1/2015. Es decir, no se trata de una pena en sí misma, sino de una medida o prestación que constituye una condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del citado texto legal apartado c) es competencia del Juez o Tribunal sentenciador el control del cumplimiento de dicha prestación impuesta como condición.

III. Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA: Dirimir la cuestión de competencia negativa planteada otorgando la misma al Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia (ejecutoria 1232/15) al que se le comunicará esta resolución así como al nº 2 de Vigilancia Penitencia de Zaragoza (Exped. 46/16) y al Ministerio Fiscal.

138.- AUTO 959/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA DE FECHA 02/12/16

Supuestos de sustitución de prisión por impago de multa por TBC, dependiendo de la primariedad delictiva.

Antecedentes procedimentales

PRIMERO.- Por la representación procesal de N. y de A. se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra los autos de fecha 8 de julio de 2015, dictados por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa, en el procedimiento ejecutoria nº 56/2015, en virtud de los cuales se aplicaba a la penada N. la responsabilidad personal subsidiaria de 114 días que será cumplido en centro penitenciario, por impago de multa de 684 euros impuesta en el procedimiento; y al penado A. la responsabilidad personal subsidiaria de 28 días que será cumplido en centro penitenciario, por impago de multa de 112 euros impuesta en el procedimiento.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 17 de febrero de 2016, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa acordó “desestimar el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 8 de julio de 2015 y se acuerda que A. cumpla la pena de arresto sustitutorio mediante ingreso en Centro Penitenciario. Respecto a la Sra. N., se acuerda la revocación de la pena sustitutiva de la prisión inicialmente impuesta, por ser lo que procede conforme a derecho y se mantiene el cumplimiento de la pena de arresto sustitutorio mediante ingreso en Centro Penitenciario”.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Tarragona para la sustanciación del recurso formulado, fueron turnadas a esta Sección Segunda, donde se procedió a la incoación del oportuno rollo de apelación, con designación de Ponente y se señaló vista para el día 1 de diciembre de 2016, previamente a resolver el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones de 8 de junio de 2015.

CUARTO.- Celebrada la vista, en el día de hoy ha comparecido la Sra. N. y la misma ha manifestado estar conforme con la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, poniendo de manifiesto que no obstante ello podía abonar la cantidad de 20 euros al mes.

Tras ello han quedado las actuaciones pendientes de dictar resolución. Ha sido designada Ponente la Magistrada María Espiau Benedicto.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- A través del recurso de apelación interpuesto por la representación de los penados Sr. A. y Sra. N. se pretende combatir la decisión adoptada por la Juez de instancia en el seno de la ejecutoria nº 56/2015 relativa al cumplimiento de las penas impuestas a ambos en el Centro Penitenciario, interesando se deje sin efecto la misma, declarando no procedente la responsabilidad personal subsidiaria por prisión y ordenando en su lugar se cumpla mediante la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Alega para justificar aquella pretensión el principio general en virtud del cual la ejecución de las penas privativas de libertad debe ceder en favor de penas suspendidas y acreditada en el supuesto analizado la insolvencia económica de los penados, su imposibilidad económica de hacer frente al pago de la multa no obedece a un incumplimiento voluntario sino a un empeoramiento de la situación económica de los mismos, por lo que debe establecerse el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria mediante la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

El Ministerio Fiscal solicitó se estimase parcialmente el recurso, alegando que no procede acoger la pretensión respecto del Sr. A. por cuanto consta que este está cumpliendo diversas penas por otros procedimientos en centro penitenciario y sin embargo entiende que asiste razón a la parte recurrente respecto de la petición formulada en relación con la Sra. N.

SEGUNDO.- Con carácter previo conviene poner de relieve que nuestro modelo de ejecución penal se basa en un principio general por el cual la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración debe ceder a favor de medidas suspensivas condicionadas o sustitutivas, cuando, además de concurrir los presupuestos legales, exista un pronóstico razonable que mediante el cumplimiento de la pena privativa pueden frustrarse expectativas personales de reinserción o resocialización en la persona condenada.

Es cierto, no obstante, que la concesión de las medidas suspensivas o sustitutivas se condicionan al juicio de oportunidad del juez de la ejecución por lo que no puede afirmarse un derecho incondicionado a su concesión,

pero no lo es menos, de conformidad a la reiterada doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2003, 75 y 76/2007), que la suspensión de la ejecución de la pena al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado.

De tal manera, si bien las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de aquella se llevará a cabo. En definitiva, una resolución que conceda o deniegue un beneficio como el que nos ocupa en este recurso debe exteriorizar la ponderación de los bienes y derechos en conflicto.

En este marco decisional, una resolución fundada en derecho requiere que el fundamento de la decisión no sólo constituya la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso sino que, además, ha de contener la exteriorización de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución, de los bienes y derechos en conflicto (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 2, 3), lo que a su vez requiere recordar que la afección del valor libertad exige “motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior” (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, 79/1998, 88/1998, 25/2000).

Desde esta perspectiva, debemos analizar por separado las circunstancias que concurren en cada uno de los penados.

En cuanto al Sr. A., la presente ejecutoria dimana de la sentencia firme dictada en fecha 10 de febrero de 2015, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa, que condenó al mismo como autor responsable de un delito de obstrucción a la justicia, a la pena de 3 meses y 1 día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como multa de 46 días con una cuota de 2 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex artículo 53 Código Penal y como autor de una falta de amenazas, a la pena de multa de 10 días con una cuota diaria de 2 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex artículo 53 Código Penal.

Consta asimismo como en fecha 8 de julio de 2015 se dictó auto declarando insolvente al penado, dictándose asimismo en la misma fecha resolución (la hoy recurrida) en virtud de la cual se acordó que se aplicase al Sr. A. la responsabilidad personal subsidiaria de 28 días a cumplir en centro penitenciario por impago de la multa de 112 euros impuesta al mismo en el procedimiento.

En fecha 17 de febrero de 2016 se dictó resolución desestimando el previo recurso de reforma, poniendo de relieve, respecto del Sr. A., que no procedía el cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad, por cuanto constaba de forma fehaciente su peligrosidad, dado que el mismo había sido condenado en múltiples ocasiones, encontrándose cumpliendo diversas penas en prisión, produciéndose su licenciamiento definitivo alrededor del 2020. Todo ello unido al hecho de que no se han hecho constar circunstancias laborales, personales o sociales que determinen la conveniencia del cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

Pues bien, partiendo de lo anteriormente expuesto, y si bien en múltiples resoluciones hemos acordado la procedencia, en los casos de impago de multa de acudir a la sustitución especial establecida en el artículo 53 del Código Penal, considerando procedente su cumplimiento a través de los trabajos en beneficio de la comunidad, no es menos cierto que tal sustitución resulta procedente en los casos en los que atendiendo a las circunstancias propias del penado, pena de corta duración, no haber ingresado en centro penitenciario en cumplimiento de otra condena, reinserción y resocialización del mismo, cumplimiento o compromiso de abono de las responsabilidades civiles... etc., le hacían merecedor de tal sustitución excepcional sin duda.

En el presente caso, sin perjuicio de que la parte apelante no aporta en su recurso dato o documento alguno acreditativo de que el condenado se encuentre reinsertado o rehabilitado en la sociedad –desconocemos su situación laboral, familiar o social–, resulta meridiano que el mismo actualmente se encuentra ingresado en el centro penitenciario de Brians 2, en cumplimiento otras condenas impuestas, por delito de robo con violencia, por delito de robo con fuerza en casa habitada, por delito de robo con fuerza en las cosas y por delito de atentado, constando su licenciamiento definitivo el día 22 de mayo de 2022. Por tanto no nos encontramos ante una condena que determinará el ingreso en centro penitenciario del apelante por primera vez, sino que el mismo debe cumplir penas que le han llevado

a ingresar en prisión hasta el año 2022. Por tanto no existe riesgo de que el cumplimiento de la presente pena pueda afectar o suponer una limitación a su reinserción y reintegración social.

Todo lo expuesto, en relación con el penado Sr. A., nos lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha de 8 de julio de 2015, al no apreciar el gravamen aducido.

Respecto de la penada Sra. N., su situación y circunstancias difieren enormemente de las del penado Sr. A.

En este caso, la misma también resultó condenado por la sentencia antes indicada, como autora de un delito de obstrucción a la justicia, a la pena de 3 meses y 1 día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como multa de 46 días, con cuota diaria de 3 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex artículo 53 Código Penal y como autora de una falta de lesiones a la pena de dos días de localización permanente. En este supuesto, en la misma sentencia, se acordó, al amparo de lo establecido en el artículo 88 del Código Penal (en su anterior redacción) la sustitución de la pena privativa de libertad de 3 meses y 1 día por la pena de 6 meses y 2 días de multa a razón de una cuota diaria de 3 euros, acordándose asimismo el pago fraccionado del importe total de la pena de multa que asciende a 684 euros, en doce mensualidades, debiendo satisfacer cada mes la cantidad de 57 euros.

De la misma forma que en el caso anterior, en fecha 8 de julio de 2015, se dictó auto declarando insolvente a la Sra. N. y resolución de la misma fecha (la hoy impugnada), acordando el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria mediante ingreso en centro penitenciario.

En fecha 17 de febrero de 2016, se dictó resolución, resolviendo el previo recurso de reforma, en la que se acordaba, por un lado, respecto de la pena sustituida al amparo del artículo 88 del Código Penal, el cumplimiento de la pena originariamente impuesta (recordemos tres meses y un día de prisión), ordenándose de manera automática y sin motivación y respecto de la pena de multa inicialmente impuesta, se acordó su cumplimiento mediante ingreso en centro penitenciario dado que, según se indicaba por la Juez a quo, la Sra. N. no había manifestado en ningún momento su voluntad de cumplir trabajos en beneficio de la comunidad, por cuanto optó por la pena de multa, no constando acreditado que hubiese empeorado su si-

tuación económica ni tampoco sus circunstancias personales, constándose asimismo a la penada diversos antecedentes penales.

Dicho lo cual, y desde esta perspectiva, debe afirmarse que la motivación de la resolución de instancia, consistente en la aplicación automática de la responsabilidad personal subsidiaria ante el impago de la pena de multa no satisface los estándares de justificación que reclama la protección del derecho fundamental a la libertad, aun cuando es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2011 en relación con las consecuencias derivadas del impago de multa reduce (a nuestro parecer de manera incomprensible) las exigencias motivadoras al plano, casi, de la mera subsunción normativa.

La situación de la penada, hoy recurrente, obligaba a explorar las múltiples posibilidades que ofrece el Código Penal para evitar que del impago de la multa se derivara el efecto de privación de libertad. Recordemos que, en otro caso, la libertad de la recurrente pudiera verse intensamente limitada mediante su ingreso en prisión por no poder pagar la cantidad de 684 euros (habiendo hecho pagos aplazados por un importe de 40 euros), remontándose los hechos por los que resultó condenada al año 2009, no constándole ningún otro antecedente penal (con excepción del que dimana la presente ejecutoria) a diferencia de lo indicado en la resolución que resolvió el previo recurso de reforma. Y ello es importante resaltarlo pues el legislador se muestra particularmente sensible sobre esta cuestión lo que sugiere un estándar interpretativo de máxima restricción al que el juez no puede ser ajeno. En este sentido, el Código previene en su artículo 50 posibilidades de fraccionamiento (siempre no más allá de dos años desde la firmeza de la resolución que se ejecuta) que sí se contemplaron en el presente caso; el artículo 51 contempla una regla rebus sic stantibus de tal modo que si se comprueba que ha variado la capacidad económica del penado pueda, de forma excepcional, modificar el importe de las cuotas como su periodo de pago. Regla que se reitera en el artículo 52.3º Código Penal.

Por su parte, el artículo 53.1 Código Penal previene una regla singular de sustitución en caso de impago de multa por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Regla, esta última, que esta Audiencia viene interpretando de forma reiterada, y ya desde 2008, que por principio de especialidad desplaza las reglas generales contenidas en los ordinales 2 y 3 del artículo 88 Código Penal que prohíbe la sustitución de las penas sustitutivas y el cumplimiento de la pena sustituida en caso de no cumplirse la sustitutiva. La sala entiende así que la regla de transformación del artículo 53.1.2º

Código Penal se previene sólo y exclusivamente para las penas de multa y no distingue si la misma se ha impuesto de forma primaria o sustitutiva. Y ello es lo que permite la apuesta interpretativa por la especialidad versus la regla general del artículo 88 Código Penal, a partir de una decidida apuesta axiológica de protección del derecho a la libertad.

Insistimos, no se antoja la respuesta más conforme con su debida garantía que una persona ingrese en prisión por no poder pagar un importe aproximado de 644 euros cuando caben interpretaciones más favorables y constitucionalmente razonables que permiten que el penado “salde”, valga la expresión, en términos retributivos su responsabilidad contraída con la sociedad y con el Estado, sin que para ello tenga que verse afectado de manera indefectible el contenido esencial de su derecho fundamental a la libertad.

En consecuencia, y dado que la penada ha comparecido en la sede de esta Audiencia en el día de hoy y ha prestado su consentimiento a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (en los términos exigidos en el artículo 49 del Código Penal), considerando esta Sala que no sería viable el fraccionamiento de la pena de multa (si atendemos al plazo previsto para dicho fraccionamiento y a la suma que la misma podría abonar cada mes, tal como señaló en la comparecencia celebrada en el día de hoy), resulta procedente estimar en este caso el recurso, ordenando la sustitución de la pena impuesta a la misma (tanto la pena de prisión originariamente impuesta, como la pena de multa), por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

En atención a lo expuesto,

Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA:

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A. contra el auto de fecha 17 de febrero de 2016, que desestimó el previo recurso de reforma contra el auto de fecha 8 de julio de 2015, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa, en la ejecutoria nº 56/2015, confirmando ambas resoluciones.

2.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de N., contra el auto de fecha 17 de febrero de 2016, que desestimó el previo recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 8 de julio de 2015, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa, en el procedimiento ejecutoria nº 56/2015, dejando sin efecto ambas resoluciones, y ordenando en su lugar la sustitución de la pena impuesta a la Sra. N. por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, en los términos expuestos en ella fundamentación jurídica de esta resolución.

3.- Las costas procesales de esta alzada se declaran de oficio.

139.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 29/04/16

Anulación de plan de ejecución por no considerar de interés general la entidad propuesta, así como los trabajos a realizar.

Hechos

Único.- Se ha recibido en este Juzgado procedente del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del CIS de Huelva plan de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado R.M.M.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Dispone el artículo 49 del Código Penal que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros

similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios...”.

El desarrollo reglamentario de dicho precepto se lleva a cabo por Real Decreto 840/2011, de 17 de junio. Tal y como señala dicha norma reglamentaria, debe partirse de que la legislación impone que el cumplimiento de todas las penas y medidas de seguridad debe realizarse bajo el control de los Jueces y Tribunales, conforme a lo establecido en el artículo 3.2 del Código Penal; pero la existencia de un control judicial de la ejecución presupone la existencia de una ejecución administrativa que pueda llegar a ser controlada. En el nuevo modelo diseñado por dicho Real Decreto, ordenada la ejecución por el órgano jurisdiccional competente, articulada a través de la oportuna orden o mandamiento judicial de ejecución, la Administración Penitenciaria procederá a su materialización, definiendo un plan administrativo que se concretará previa citación para audiencia del sentenciado, que tiene la oportunidad de expresar sus prioridades individuales y sociales; una vez notificado al sentenciado el plan, este tiene ejecutividad, y el sentenciado debe proceder a su cumplimiento escrupuloso, sin perjuicio de las facultades revisoras de la Autoridad judicial a la que se confía el control judicial de la legalidad de la ejecución administrativa de la medida penal, articuladas a través de la puesta en conocimiento del plan, sin perjuicio de que el sentenciado pueda oponerse al mismo.

SEGUNDO.- La normativa actual establece que la actuación a llevar a cabo por la administración penitenciaria, una vez recibido el mandamiento u orden judicial de ejecución de la pena y los particulares necesarios, consiste en la valoración del caso para determinar la actividad más adecuada, informando al penado de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo; asimismo, se escuchará la propuesta que el penado realice y realizada la valoración, elaborará el plan de ejecución dando traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Puesto que la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3 y que de acuerdo con

ello, el control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio compete al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (artículo 49 del Código Penal), corresponde a este juzgado precisar cuáles son las medidas oportunas para ejercer adecuadamente eso.

Y en el presente supuesto, se ha elaborado un plan de ejecución a propuesta del penado, en una entidad (Seminario Diocesano) que, a criterio de esta juzgadora no puede considerarse una asociación de interés general a las que expresamente alude el artículo 49 del Código Penal ni los trabajos previstos, a tenor del plan elaborado (multifuncional, labores de mantenimiento, pintura y limpieza) pueden tampoco considerarse como trabajos en beneficio de la comunidad, sino únicamente en beneficio de la entidad, por lo que, en ejercicio de la facultad revisora de este órgano judicial, procede acordar la nulidad del plan elaborado por la Administración Penitenciaria.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

Parte dispositiva

SS^a DISPONE: REVISAR el plan de ejecución de las 60 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad impuesta al penado R.M.M. en la Ejecutoria n° 712/15 del Juzgado de lo Penal n° 1 de Huelva y ANULAR el mismo.

140.- AUTO 689/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GERONA DE FECHA 13/12/16

Incumplimiento de TBC que dan lugar a la revocación de la sustitución de la pena de prisión.

Antecedentes de hecho

Único: Por el Juzgado de lo Penal n° 6 de Girona en la Ejecutoria n° 77/13, se dictó auto en fecha 7-10-16, por el que se desestimaba el recurso de reforma que se interpuso contra el auto de fecha 13-6-16 en el que se

revocaba la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad; contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por J., representado por el procurador y asistido por la letrada, al que se opuso expresamente el Ministerio Fiscal, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de la indebida revocación de la suspensión de la pena.

El recurso no merece prosperar.

Pese a que las resoluciones recurridas se refieren a la revocación de la sustitución de la pena, dicha nomenclatura no puede reservarse con exactitud para tal supuesto, dado que lo que se produce cuando se incumple una pena sustitutiva no es su revocación sino el regreso al cumplimiento de la pena originaria. Así se pronunciaba el artículo 88.2 del Código Penal en su redacción anterior, vigente tanto cuando se produjo el delito objeto de condena como cuando se acordó el beneficio de sustitución de la pena, al decir que “en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte del tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas”.

En la actualidad, bien es cierto, ya no existe una sustitución de penas sino una suspensión a la que se acompaña una medida adicional de pago de una multa o de realización de trabajos en beneficio de la comunidad; en este caso, en la actualidad, el artículo 86.1.c) del Código Penal vigente sí que dispone la revocación de la suspensión cuando el penado “incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión hubieran sido impuestas conforme al artículo 84”.

Por una u otra vía, de cualquier manera, el resultado del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o de la condición de trabajos en beneficio de la comunidad es la misma, la imposición de la pena originaria, que sólo obtiene un cierto descuento en el primero de los supuestos, es decir, en el caso de que se tratase de una sustitución, puesto

que parte de la pena puede darse por cumplida, lo que no ocurre en el caso de la revocación de la suspensión que implica la ejecución de la totalidad de la pena.

Así las cosas la primera alegación que se hace es la de que se ha inaplicado el artículo 49 del Código Penal porque la competencia sobre la ejecución de la pena, una vez iniciados los trabajos en beneficio de la comunidad, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Y así es y así se ha hecho en las presentes actuaciones, constando en la causa el auto de 15-4-16 en el que se dispone que el penado “ha incumplido la pena de TBC”. Desde luego no es misión ni del Juzgado ejecutante ni de esta Sala verificar si esa resolución se ha notificado el recurrente, porque le basta con su conocimiento a través de la oportuna notificación, de suerte que debe ser la parte la que, ante la supuesta falta de notificación de dicho auto al penado o a su representación procesal, haya de impetrar esa notificación por si deseara recurrirla.

De todas maneras, los alegatos materiales o de fondo que se nos ofrecen sobre la improcedencia de la revocación no pueden ser de recibo.

Primero porque como acabamos de decir, el incumplimiento ha sido decretado así por órgano judicial independiente y es a esa resolución a la que hay que estar, sin que la opinión más o menos fundada del Juzgado ejecutante o de esta Sala puedan prevalecer sobre esa decisión llevada a cabo en el ámbito de las competencias exclusiva y excluyentes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que ha de ser combatida en el proceso correspondiente.

Y segundo, porque aunque ello no fuera así, la Sala verifica por sí sola que dicho incumplimiento se ha producido de manera flagrante; sostener que de una pena de 270 jornadas de trabajo cumplir sólo con 6 jornadas es algún tipo de forma de cumplimiento, es una afirmación voluntarista y caprichosa. El acusado no sólo dejó de cumplir con su obligación sin ofrecer justificación alguna, sino que además ha marchado a residir voluntariamente en el extranjero. Y si se ha ido es porque ha querido, pues no nos consta que haya sido expulsado por razones penales o administrativas. No se trata de una imposibilidad sobrevenida como refiere la letrada recurrente, sino uno de los supuestos más patentes, palmarios, notorios y toscos de incumplimiento de una pena sustitutiva.

Nuevamente la afirmación de que se ha incumplido el artículo 80. 3 del Código Penal, que prevé en la actualidad la suspensión por sustitución, nos parece fuera de lugar, dado que dicho precepto condiciona necesariamente todo beneficio a una condición de trabajo en beneficio de la comunidad o de pago de multa, cuyo requerimiento no puede ser efectuado por haberse puesto el recurrente en situación de franca huida ante la administración de justicia, marchando a residir a otro país. Es más, no parece de recibo que se trate de imponer por la vía de la suspensión actual una medida o condición, la de realizar adicionalmente trabajos en beneficio de la comunidad, que ya se ha demostrado absolutamente inefectiva por la voluntad del penado que había de cumplirla como pena sustitutiva.

Y, por último, alzar la condición impuesta con base en el artículo 85 del Código Penal, cuando lo decretado ha sido una sustitución tampoco parece de recibo, entre otras razones, porque lo producido es un incumplimiento deliberado y a espaldas de la administración de justicia, sin que el recurrente haya hecho solicitud alguna de revisión por la gravosidad de la condición; simplemente la ha ignorado marchándose a otro lugar. Dicho precepto requiere la reinterpretación de “la posible modificación de las circunstancias valoradas”, pero ello sólo puede acaecer cuando el penado viene cumpliendo regularmente con aquello que se le impuso y una variación inesperada de sus circunstancias personales le provoca una gravosidad que no concurría en el momento inicial, no cuando el penado es un verdadero y tozudo incumplidor, como venimos diciendo que es el caso presente.

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

Vistos los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de J. contra el auto dictado en fecha 7-10-16 por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Girona en la Ejecutoria nº 77/13, del que este rollo dimana, CONFIRMANDO la meritada resolución sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

141.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA DE FECHA 16/10/15

Estimación recurso de apelación por no considerar delito de desobediencia la incomparecencia para elaborar el plan de cumplimiento.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal Número 2 de Ferrol con fecha 12 de marzo de 2015 se dictó sentencia, cuyo fallo dice como sigue:

“Que debo condenar y condeno a M.C. como autora criminalmente responsable de un delito de desobediencia grave a la autoridad, a la pena de 8 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Le condeno también al pago de las costas procesales.”

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, por la representación procesal de la acusada/condenada se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentó por el Ministerio Fiscal escrito de impugnación en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el órgano judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación.

Hechos probados

Único.- Se aceptan los de la resolución recurrida, que se dan por reproducidos de cara a la brevedad de la presente.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La apelante, condenada en la instancia como autora de un delito de desobediencia grave a la autoridad (artículo 556 del Código Penal), solicita en esta alzada su absolución o, alternativamente, que se la condene como autora de un delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal, alegando, en síntesis, quebrantamiento de las normas o garantías procesales al no pronunciarse el juzgador a quo sobre la calificación jurídica alternativa que proponía tanto el ministerio fiscal como la defensa.

El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso.

SEGUNDO.- Como es sabido la destrucción de la presunción de inocencia requiere, primero, que se haya practicado una mínima actividad probatoria de cargo; segundo, que los resultados de esa mínima actividad probatoria de cargo puedan ser razonablemente valorados en un sentido inculpatario para el acusado. El derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5).

En este caso existen pruebas directas, de cargo, idóneas para acreditar por si solas, sin necesidad de operaciones lógicas adicionales, los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. La sentencia de conformidad (folios 8, 9 y 10), le fue notificada personalmente a la acusada en fecha 22 de marzo de 2013 (folio 12), y en esta notificación, rubricada “diligencia de notificación y requerimiento”, expresamente se le requiere a fin de que una vez que sea citada comparezca ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Centro de Inserción Social “Carmela Arias y Díaz de Rábago” de A Coruña al objeto de proceder a la elaboración del correspondiente plan de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad para su cumplimiento, bajo apercibimiento, en caso de incomparecencia o incumplimiento de los mismos de incurrir

en un delito de desobediencia. Consta igualmente, la citación efectuada por el Servicio de Gestión de Penas (folio 13). Al folio 15 consta nuevo requerimiento personal efectuado con fecha de 2 de octubre de 2013, para que a las 10:00 horas del primer martes hábil a partir de la fecha del requerimiento se presente en el Centro de Inserción Social “Carmela Arias y Díaz de Rábago” de A Coruña, con apercibimiento expreso de incurrir en un delito de desobediencia en caso de incomparecencia. Y al folio 18 consta informe de fecha 18 de diciembre de 2013 remitido por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas en el que se hace constar que la penada ni se ha presentado, ni se ha puesto en contacto con dicha unidad a fin de elaborar el plan de ejecución para el cumplimiento de la pena señalada.

La explicación de la acusada en la fase de instrucción, con la que pretende justificar sus incomparecencias, además de ser una mera alegación cuya veracidad no se ha contrastado, ni siquiera puede valorarse como prueba, la acusada no ha comparecido al acto del juicio oral, único escenario en el que se practican las pruebas en el proceso penal.

La prueba directa, de naturaleza documental, ha sido correctamente valorada.

No tiene razón la recurrente cuando dice que en realidad hubiera cometido un delito de quebrantamiento de condena, pues este delito sólo puede cometerse cuando una vez iniciado el cumplimiento de la pena se quebranta la misma, y en el caso de autos la acusada ni siquiera había iniciado el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Ahora bien, debe decirse que los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, por cuanto que si bien es posible requerir judicialmente a la condenada para asistir a la cita del Servicio de Gestión de Penas y Medidas alternativas, como ha ocurrido en el caso de autos, sin embargo, no pueden anudarse, en caso de incumplimiento, a las consecuencias pretendidas de un delito de desobediencia. A esta conclusión llegamos tras examinar lo dispuesto por el Real Decreto 840/2011 de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución

de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, y en concreto el artículo 5 que se refiere a la “Valoración y selección del trabajo”, cuando establece que “...2. Al citar al penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución...”, por lo tanto el juzgado competente para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debe adoptar las medidas necesarias en caso de que el condenado no acuda a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas para colaborar en la elaboración del plan de ejecución de dicha pena que serán, en el caso de que los trabajos en beneficio de la comunidad sean una pena sustitutiva acordar que se cumpla la pena inicialmente impuesta, y para los supuestos como el presente en que los trabajos en beneficio de la comunidad se hayan impuesto como pena inicial acordar la detención del penado tal y como sucede en el supuesto de que se requiera judicialmente a un penado para ingresar en prisión a cumplir la pena impuesta privativa de libertad, si incumple dicho requerimiento, al referido penado no puede imputársele un delito de desobediencia a la autoridad judicial, sino que lo que debe hacer la autoridad judicial es acordar la detención e ingreso en prisión de dicho penado, siempre que se le encuentre. Pues bien, el caso de autos es similar: se requiere a la penada para asistir a la cita del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Centro de Inserción Social “Carmela Arias y Díaz de Rábago” de A Coruña para la elaboración y ejecución del plan de los trabajos en beneficio de la comunidad, y la ejecución de dicha pena, y la penada incumple dicho requerimiento, pero ello no constituye un delito de desobediencia a la autoridad judicial, ni tampoco un delito de quebrantamiento de condena porque, como se ha argumentado más arriba, no ha quebrantado una pena cuya ejecución todavía no se ha iniciado.

Por todo ello debe absolverse a la acusada del delito de desobediencia judicial.

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas procesales causadas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de M.C. contra la sentencia dictada en fecha 12 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Penal Número 2 de Ferrol, y en consecuencia, debemos revocar y revocamos aquella sentencia y debemos absolver a M.C. del delito de desobediencia judicial de que venía acusada por el ministerio fiscal. Declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en la primera y segunda instancia.

142.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA DE FECHA 23/01/16

Estimación recurso de apelación por no considerar delito de desobediencia la incomparecencia para elaborar el plan de cumplimiento.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El Juez del Juzgado de los Penal nº 1 de Ferrol, con fecha 29/04/16 dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así: Que debo condenar y condeno a B.F.F. como autor penalmente responsable de un delito de desobediencia a la autoridad previsto y penado en el artículo 556.1 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de 3 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al abono de las costas causadas.

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia, contra la misma se formalizó recurso de apelación por la representación procesal de B.F.F., que fue admitido en ambos efectos y practicadas las diligencias oportunas y previo emplazamiento de las partes, fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal y no habiéndose propuesto diligencias probatorias, al estimar la Sala que no era necesaria la celebración de la vista para la correcta for-

mación de una convicción fundada, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación.

Hechos probados

Se aceptan los de la resolución recurrida a efectos puramente formales, por las razones que se deducirán de la fundamentación de la presente.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- De nuevo afronta la Sala una cuestión en la que la objeción principal planteada en el recurso tiene que ceder ante la secundaria, en tanto que ésta afecta a la misma tipicidad del hecho y no a la culpabilidad del autor. Frente a la alegación de la ausencia de una voluntad expresa y consciente del sujeto de incumplir el mandato judicial que haría la conducta atípica por no concurrir el elemento volitivo imprescindible exigido por el artículo 5 del Código Penal para otorgar a la acción la condición de ilícito penal, corresponde comenzar con el análisis de una cuestión de estricta legalidad sobre la tipicidad de la conducta que obliga a contrastar el contenido real de la acción con la previsión del artículo 468 del Código Penal.

Comenzando por lo relativo al núcleo de tipicidad, elemento inicial de la estructura del delito, cumple indicar que esta Sección dictó dos sentencias de fecha 16 de octubre de 2015 y otra de 26 de abril de 2016 sobre supuestos análogos en los que la no incorporación al cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los términos establecidos por el plan de cumplimiento se sancionaban como constitutivos de un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal. En las tres resoluciones sé que comportamientos como el narrado en los hechos de la sentencia apelada no suponen un delito de quebrantamiento ni tampoco de desobediencia del artículo 556 Código Penal o de quebrantamiento del artículo 468 del mismo texto legal. Sobre esta base, con la plena aceptación de la valoración de la prueba contenida en la sentencia, no se puede establecer que los hechos declarados probados sean constitutivos de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, en los términos en los que condena la sentencia recurrida, ni de quebrantamiento de condena, empleada en muchas ocasiones como calificación alternativa frente a conductas de este contenido. Queda fuera de duda la realidad de la conducta omisiva del su-

jeto ante los requerimientos judiciales para compareciera ante los servicios sociales penitenciarios. Pero ello no supone, por sí mismo, la comisión del delito objeto de condena, en la medida en que esa actuación puramente renuente o no cooperadora no puede ser calificada sin más como desobediencia, con independencia de las advertencias que hayan acompañado al requerimiento, cuando pueden emplearse otras vías legales para forzar el cumplimiento de la pena impuesta sin necesidad de acudir al refuerzo de la amenaza de la imposición de una nueva sanción penal.

En este sentido, los requerimientos judiciales al penado para elaborar el plan de cumplimiento no pueden anudarse, en caso de incumplimiento, a las consecuencias pretendidas de ninguno de los delitos citados. El Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, y en concreto el art. 5 que regula la “Valoración y selección del trabajo”, cuando establece que “Al citar al penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución...”. Por lo tanto el juzgado debe adoptar las medidas necesarias en caso de que el condenado no acuda a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas para colaborar en la elaboración del plan de ejecución o para cumplir con la misma. Y la respuesta, en el caso de que los trabajos en beneficio de la comunidad sean una pena sustitutiva, sería la de acordar la rehabilitación y el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta; y cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se hayan impuesto como pena inicial, acordar su detención tal y como sucede en el supuesto de que se requiera judicialmente a un penado para ingresar en prisión a cumplir la pena impuesta privativa de libertad, y si incumple dicho requerimiento la solución es la de que la autoridad judicial acuerde la detención e ingreso en prisión del penado siempre que se le encuentre, pero en ninguno de los dos casos puede generarse una imputación por desobediencia o quebrantamiento.

SEGUNDO.- Lo dicho supone la revocación de la sentencia dictada por una cuestión de estricta legalidad referida a la definición de la conducta típica. Lo que supone la absolucón del apelante F.

TERCERO.- Procede hacer declaración de oficio de las costas causadas, por mandato de los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

Fallamos

Estimar el recurso interpuesto por B.F.F. contra la sentencia dictada con fecha 29 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Penal número Uno de los de Ferrol en los autos de Juicio de Oral 131/2015, absolviendo al citado apelante del delito de desobediencia objeto de acusación y posterior condena. Todo con declaración de oficio de las costas procesales devengadas en esta alzada.

143.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE JAÉN DE FECHA 26/09/16

No se considera delito de quebrantamiento la negativa al cumplimiento de la pena.

Hechos

Único.- El presente expediente se ha seguido en relación al interno M.G.M. constando que el interno ha manifestado su negativa al cumplimiento y el Ministerio Fiscal solicita el archivo de las actuaciones con deducción de testimonio por un presunto delito de quebrantamiento.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Producida la situación descrita en el Hecho anterior, procede acordar el Archivo definitivo de este expediente, caso de conformidad con el Ministerio Fiscal al no poderse seguir el control del cumplimiento por no llevarse éste a cabo.

SEGUNDO.- En cuanto a la petición de deducción de testimonio cabe señalar que esta decisión no es inocua y automática, es decir, exige que por el órgano judicial se realice un examen y un pronunciamiento entendiendo que de las actuaciones practicadas aparecen fundamentos para entender presuntamente cometida una infracción penal, lo que debe conllevar que este tenga argumentos y elementos suficientes que le permitan llevar a esta deducción.

Sin embargo, la reforma de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad realizada por el RD 840/2011 de 17 de junio tiene como importante novedad la exclusión del trámite de aprobación por el órgano judicial de vigilancia del plan de cumplimiento de la pena que exigía un control por éste de las condiciones en que se concreta la pena, pues en eso consiste la aprobación del plan, y que ahora viene sustituido por un genérico control (artículo 5.3 del RD) pero sin que ello suspenda su inmediata ejecutividad, atribuyendo al órgano administrativo la concreción de la pena, lo que puede plantear dudas jurídicas pero que en todo caso no es de máxima relevancia en este trámite.

Lo que es relevante es que no existiendo un conocimiento exhaustivo y aprobación judicial de la ejecución de la pena es evidente que el órgano de vigilancia no tiene elementos suficientes, porque no los ha podido valorar y declarar válidos, para entender que puede realizarse el juicio que permita deducir que existe un presunto delito de quebrantamiento. debiendo ser o bien el órgano administrativo, que fija las condiciones y forma de cumplimiento materializando el mandato contenido en la sentencia, o el órgano sentenciador el que decida si hay razones para poder entender cumplida la pena y deducir testimonio o no, y esto no supone que se incumpla la regulación del artículo 49.6 del Código Penal porque este tribunal entienda que no es competente para hacer esa declaración, sino porque la nueva regulación le priva de los elementos necesarios para conocer si efectivamente el incumplimiento se ha producido, y sin que quepa hacer un pronunciamiento relevante cuando no existe material para que el juez pueda decidir con fundamento esto debe llevar a no deducir el testimonio interesado, sin que pueda servir la simple manifestación en este sentido del órgano administrativo que ni le vincula ni debe excluir el juicio del órgano judicial sobre esta materia.

Vistos los artículos citados y demás en general y pertinente aplicación. S.S^a

Parte dispositiva

Se acuerda el archivo definitivo del presente expediente y no ha lugar a deducir testimonio.

144.- SENTENCIA 90431/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA DE FECHA 07/12/16

La mera incomparecencia para iniciar el cumplimiento de TBC no supone delito de quebrantamiento.

Antecedentes

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 6 de los de dicha clase de Bilbao, se dictó con fecha 24-8-2016 sentencia en la que se declaran expresamente probados los siguientes Hechos: “Probado y así se declara que Mateo , mayor de edad, nacido en Argentina el día NÚM001 de 1968, con NIE nº NÚM002 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, quien pese a deber cumplir la pena de 36 días de trabajos en beneficios de la comunidad, a la que había sido condenado en virtud de sentencia firme de fecha 5 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Bilbao, en la Causa DUR nº 309/13, por la que se condena a M., entre otras penas, a la de 36 días de trabajos en beneficio de la comunidad y haber aceptado cumplir dichas jornadas de trabajo los domingos de 14:00 horas a 18:00 en la Residencia Miravilla en la actividad de peluquería, debiendo comenzar su cumplimiento el día 22 de febrero de 2015, no ha cumplido ninguna jornada de trabajos en beneficio de la comunidad que había aceptado cumplir, voluntariamente y sin motivo justificado”.

El fallo de la indicada sentencia dice textualmente: “Que debo condenar y condeno a Mateo como autor criminalmente responsable de un delito de Quebrantamiento de Condena a la pena de:

– MULTA DE DOCE MESES, a razón de una cuota diaria de SEIS euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del C. Penal , en caso de impago

Se condena en COSTAS, al acusado M.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de M. en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los Autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado/a Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Hechos probados

Se aceptan en parte los así declarados probados, puesto que lo que ha sido acreditado es que, habiendo sido requerido el Sr. M., acusado en esta causa, para el cumplimiento de la pena de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad (en los términos que se declaran acreditados en los hechos probados de la apelada) y debiendo presentarse el 22 de febrero de 2015 para el desempeño de la actividad asignada, no compareció en la indicada fecha para el inicio del cumplimiento de la pena.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Condenado D. M. como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena, se alza su defensa, argumentando: 1.- que no responde a la realidad la declaración de hechos probados, puesto que, si bien es cierto que no acudió a dar inicio al cumplimiento para el que fue requerido en las fechas que se dicen, sí cumplió en su integridad con posterioridad a las fechas que se dicen, aportando documentación en que se dice cumplida la pena en los días que van desde el 31 de enero al 28 de agosto del presente año; 2.- que no ha existido, en ningún momento, ánimo de violentar o atentar contra la orden recibida de cumplir la pena; 3.- alternatively, y para el supuesto de que se mantenga la condena, pide que la pena de multa impuesta se adecúe a su situación económica, que no es la que ha determinado la imposición de la multa de doce meses a seis euros diarios.

SEGUNDO.- El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española., que comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los jueces y Tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos; esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y está prescrito por el artículo 120.3º Constitución Española. Se ha elaborado, en este aspecto, una extensa doctrina por el Tribunal Constitucional (Sentencias, entre otras, 16, 58 y 165/1993; 28, 122, 177/1994; 158/1995; 46/1996, 54/1997 y 231/1997) y por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre y 30 de diciembre de 1996 ; 21 de enero, 5 de mayo y 11 de noviembre de 1997; y 6 de marzo de 2000, entre otras), fijadora de los requisitos y el alcance de la motivación; según la cual ésta debe abarcar tres aspectos de la sentencia penal:

a) La fundamentación del relato fáctico, con la exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene;

b) La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente (con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas); y

c) La fundamentación de las consecuencias punitivas y de responsabilidad civil, en el supuesto de condena, lo que comportará motivar la individualización de la pena.

En el presente supuesto no existe especial disconformidad con los hechos probados, salvo en el punto relativo al ulterior cumplimiento, extremo que parece confuso en el relato de hechos probados. Y si decimos que no existe mayor discrepancia es por la asunción, por parte del acusado y su defensa, de que no se presentó en el día indicado para el comienzo o inicio del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta: El relato de hechos probados de la sentencia de instancia se ajusta, en su integridad, al formulado por el Ministerio Fiscal, debiendo observarse que el escrito de acusación se presenta en diciembre de 2015 y la realización o cumplimiento de las jornadas se lleva a cabo a partir de enero. Ciertamente es que en el momento de presentarse la acusación el acusado no había cumplido ninguna de las jornadas, pero pareciendo que posteriormente sí lo ha hecho, parece adecuada la supresión de la referencia indicada, puesto

que, además, esa supresión no afecta a la valoración de los extremos que proceden en la presente resolución.

TERCERO.- Como se indica en el apartado anterior, el ajuste de la motivación de nuestras resoluciones al derecho básico a la tutela judicial efectiva requiere, además de la constancia de los hechos probados y las razones por las que se consideran acreditados, fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente (con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas) y es en este punto en que se observan extremos de los que se discrepa con la sentencia apelada, extremos que, pese a que no han sido alegados por la defensa apelante, es procedente examinar.

El 20 de enero de 2015 compareció el ahora acusado ante la Sra. Secretaria del Juzgado de lo Penal número Siete de los de Bilbao, y se le requirió para el cumplimiento de las penas en cuestión, con apercibimiento de que: en el caso de no comparecer se procederá a deducir testimonio por delito de desobediencia a la autoridad judicial, asimismo se le apercibe que, en caso de abandonar el plan elaborado, incurre en un delito de quebrantamiento de condena. Seguidamente, el 25 de marzo de 2015, el Servicio Vasco de Gestión de Penas comunica al juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de que el penado, debiendo comparecer para dar inicio al cumplimiento de la pena impuesta, no había acudido ningún día, es decir, no había comenzado a cumplir con las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, y el 29 de abril el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acuerda practicar nuevo requerimiento, comunicando al juzgado de Guardia en mayo de 2015 que seguía sin comparecer .

Con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 17 mayo de 2016, que a su vez se refiere a las de las Audiencias Provinciales de Valencia, 11-10-2012, Las Palmas de Gran Canaria 9-3-2012, Mérida 2-12-2010, Soria 17-5-2013, Lérida 20-11-2009, Orense 31-1-2001, Madrid 31-10-2006, o la datada el 29-4-2015, por la Audiencia Provincial de Las Palmas, hemos de recordar que una pena que no ha comenzado a ejecutarse, no es susceptible, en pura lógica, de ser quebrantada o incumplida. Parece obvio que la inasistencia a los requerimientos al fin de determinar el plan de ejecución; o incluso, establecido éste, puede tener las consecuencias jurídicas, incluidas la penales que en sentido propio puedan corresponderle v.g. delito de desobediencia, grave o leve e incluso extraer de ella una voluntad renuente al cumplimiento como hecho preexistente, indicador del dolo que

podría eventualmente apreciarse, si una vez iniciada la ejecución, después de haber desplegado el órgano ejecutor, toda la actividad necesaria, el condenado dejara de cumplir con dicho plan. Pero los principios en que descansa el derecho penal, siendo esencial en cuanto a la interpretación de los tipos el de interpretación literal y restrictiva, en consonancia con los artículos 4 y 10 del Código Penal, no permiten comprender en el tipo, conducta alguna que no sea la expresamente prevista, utilizando una vía de interpretación amplia del precepto penal, que a nuestro juicio compromete la sujeción al principio de legalidad penal, pues la ley penal no es aplicable a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (artículo 4). Y el tipo contemplado exige el quebrantamiento o incumplimiento de la condena, no la simple manifestación de voluntad tácita de incumplir.

La reseñada sentencia también nos recuerda que, con arreglo al Real Decreto 840/2011, de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, y más concretamente conforme a su artículo 5, se ha de elaborar en primer lugar el plan de ejecución, siempre con la participación activa del condenado, verificado lo cual se remitirá al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

El delito de quebrantamiento de condena exige que se haya dado inicio al cumplimiento material de la misma, pues sin tal circunstancia no puede sostenerse el quebrantamiento, ni semánticamente ni desde el punto de vista normativo. Y así, respecto de los penados a penas de prisión que no se presenten voluntariamente al centro penitenciario, desde luego que se les podrá poner en busca y captura, más no por ello quebrantarían la pena, situación distinta respecto de quién no retorna al Centro Penitenciario tras cumplimiento de un permiso, pues éste forma parte de la condena, de tal forma que si no lo verifica incurrirá en el delito de quebrantamiento que examinamos.

En relación a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el artículo 49 del Código Penal dispone, en su apartado 6º, que “Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referida al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.”

Según el contenido de este precepto, solo cabe valorar la posibilidad del quebrantamiento cuando concurrieren alguno de los supuestos contemplados en lo transcrito, y el apartado 2º inciso final del artículo 5 del antes citado Real Decreto, señala que “En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución”, quién por tanto habrá de adoptar las medidas necesarias para que el penado comparezca cuando fuere citado, incluyendo el apercibimiento de proceder por delito de desobediencia. No se imputa o investiga por delito de quebrantamiento al penado que, recogiendo el mandamiento de ingreso en prisión, no se presenta al cumplimiento. Análogamente, no parece que sea quebrantamiento de condena si el incumplimiento se produce ab initio, es decir, sin comparecer ni el primer día a llevar a efecto las tareas designadas para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

CUARTO.- Ciertamente que no es ése el motivo de alegación, pero pedida la absolución, es nuestra función la de examinar y valorar el contenido íntegro de la sentencia. También es cierto que el auto de imputación de la Instructora calificó los hechos como constitutivos, probablemente, de delito de quebrantamiento de condena, pero igualmente es sabido que el auto

de transformación de las diligencias de investigación en procedimiento abreviado delimita los hechos objeto de imputación, pero las acusaciones pueden traducir esos hechos en el modo en que consideren adecuado en relación con los tipos penales concretos. Igualmente, cierto es que la representante del Ministerio Fiscal mantuvo la petición de condena en base al delito de quebrantamiento, y no de desobediencia, pero bien pudo modificar este extremo en el momento procesal oportuno para ello (y previsto en el juicio oral) bien pudo el Juez de lo Penal plantear la cuestión conforme a la previsión establecida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero sentado cuanto se ha expuesto en la presente resolución, hemos de recordar que el delito de quebrantamiento de condena (previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal) se enmarca en el título en que se penan los actos contra la administración de justicia, en tanto que el de desobediencia (artículo 556 del mismo cuerpo legal) están en el Título relativo a los delitos contra el Orden Público, no pudiendo hablarse de la homogeneidad necesaria para aplicar de oficio el tipo delictivo adecuado.

Es por ello que, aun manteniéndose que el acusado no acudió cuando debía (parece ser que lo hizo después) no quebrantó la pena abandonando el cumplimiento de la misma, sino que desobedeció (aparentemente) al no acudir cuando debía al lugar indicado, por lo que, ante la heterogeneidad de los tipos penales y la aplicación (a nuestro juicio) inadecuada del tipo penal, no queda sino absolver al acusado apelante. No por las razones por él expuestas sino por las que se consideran en esta resolución, por lo que la estimación se tendrá en parte.

Declaramos de oficio las costas causadas (artículo 123 del Código Penal y artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los preceptos de pertinente y legal aplicación,

Fallamos

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la defensa y representación de D. M. contra la sentencia emitida el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado de lo Penal número Seis de los de Bilbao, en su causa número 106/16, revocamos la condena impuesta al apelante, debiendo absolverle, como le absolvemos del delito de quebrantamiento de condena por el que ha resultado condenado en la instancia.

Declaramos de oficio las costas causadas.

Contra la presente resolución no cabe la interposición de recurso de carácter ordinario alguno.

145.- SENTENCIA 387/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 23/11/16

Desestimación de recurso de apelación por quebrantamiento de condena a TBC.

I.- Antecedentes de hecho.

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la primera instancia, expuestos en la sentencia recurrida.

El Juzgado de lo Penal del que dimana este rollo de Sala dictó sentencia en cuyos hechos probados se establece que: “El día 20 de junio de 2012 se dictó por parte del Juzgado de lo Penal nº 2 de Burgos, en los autos de Procedimiento Abreviado nº 18/2011, sentencia por la que se condenaba a A., como autora de un delito de daños, a la pena de 10 meses de multa, con 6,- euros de cuota diaria y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, siendo que ante el impago de dicha multa se dictó en el procedimiento de Ejecutoria nº 68/2013 auto de 29 de julio de 2013 por el que, ante el impago de la multa, se imponía como responsabilidad personal subsidiaria por dicho impago la pena de 150 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Respecto de la pena señalada, por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Centro Penitenciario de Burgos se estableció mediante plan inicialmente elaborado el 24 de febrero de 2014 que las 150 jornadas trabajos se realizaran a partir del 3 de marzo de 2014, de lunes a viernes, en horario de mañana, en el Ayuntamiento de la localidad de Medina de Pomar, efectuándose otro plan por el mismo servicio el día 3 de marzo de 2014 por el que las 149 jornadas pendientes de cumplimiento en ese momento habrían de realizarse por la acusada también de lunes a viernes pero en horario de tarde, teniendo perfecto conocimiento de ello la acusada y tomándose conocimiento del nuevo plan de ejecución por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla y León, con sede en Burgos, mediante auto de 26 de marzo de 2014 .

Respecto de dicho plan, la acusada ha cumplido voluntariamente 70 de las 150 jornadas de trabajos a realizar en el Ayuntamiento de Medina de Pomar, sin justificar la acusada debidamente las razones del incumplimiento de las jornadas pendientes, dando ello lugar a que por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla y León y mediante auto de 17 de octubre de 2014 se declarara incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, habiéndose cumplido únicamente 70 de las 150 jornadas establecidas”.

SEGUNDO.- El Fallo de la sentencia recaída en la primera instancia, de 7 de julio de 2016, dice: “Que debo condenar y condeno a A., como autora de un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de doce meses de multa, a razón de seis euros de cuota diaria, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago de la multa, condenando a la acusada al abono de las costas procesales”.

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por A., alegando como fundamentos los que a su derecho convino, que, admitido a trámite, se dio traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos, turnándose de ponencia y señalándose como fecha para examen de los autos el día 21 de noviembre de 2016.

II.- Hechos probados.

PRIMERO.- Se consideran como probados los hechos recogidos como tales en la sentencia recurrida y que en la presente sentencia se reproducen en su integridad.

III.- Fundamentos de Derecho.

PRIMERO.- Recaída sentencia condenatoria con los pronunciamientos recogidos en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, se interpuso contra la misma recurso de apelación por A., fundamentado en la concurrencia de error en la apreciación que de la prueba practicada verifica la Juzgadora de instancia y que le lleva a vulnerar el principio de presun-

ción de inocencia establecido en el artículo 24.2 del Texto Constitucional e “in dubio pro reo” vigente en nuestro derecho procesal penal.

Así señala en su escrito impugnatorio que “declara probado la sentencia impugnada de la existencia de un informe del Ayuntamiento de Medina de Pomar se deriva que ha habido un rechazo voluntario al cumplimiento de la pena por ausencia de dos jornadas y que se citó legalmente a A. para continuación de los trabajos en beneficio de la comunidad. Tras el examen de las actuaciones, no consta citación legal alguna, por lo que no se puede apreciar que la Sra. A. haya incumplido voluntariamente la pena, la misma realizó 70 jornadas en el colegio que le fue asignado hasta las vacaciones escolares, ¿por qué no iba a continuar con los trabajos cuando se le requiriera? La Sra. A. ha manifestado, tanto en el Juzgado de Instrucción (f. 105 y 106), como en la Vista Oral, que no tiene, ni ha tenido inconveniente en continuar cumpliendo con los trabajos”.

Añade a continuación que “entendemos asimismo con los certificados médicos ha quedado acreditado que la Sra. A. acudió a atender a su padre, esto no impide que se le hubiera requerido legalmente para que continuara realizando las jornadas en otro lugar, tras el cierre del colegio por vacaciones, pero este hecho no ocurrió, por lo que no ha incumplido pena alguna. Como indica la jurisprudencia, sería más proporcional que a A. se le hubiera requerido en legal forma para el cumplimiento y que se agotaran los medios de localización de la misma, no se le citó en su domicilio, que constaba en el padrón de Medina de Pomar (f. 72), ni siquiera se le ha llamado telefónicamente, tal y como ya fue indicado en el escrito de alegaciones (f. 69, 70 y 73 de las actuaciones), en el que perfectamente le hubieran localizado”.

SEGUNDO.- Los elementos constitutivos del delito de quebrantamiento de condena objeto de acusación en la presente causa, al amparo de lo previsto en el artículo 468.2 del Código Penal, son los siguientes:

a) El normativo consistente en la previa existencia de una sentencia condenatoria o de una medida cautelar acordada judicialmente. Queda acreditada documentalmente la emisión por parte del Juzgado de lo Penal nº 2 de Burgos de la sentencia condenatoria nº 210/12 por la que se imponía a Alicia , como autora de un delito de daños, la pena de diez meses de Multa, con cuota diaria de 6.- euros (folios 11 y siguientes), pero que fue sustituida por la responsabilidad personal subsidiaria de ciento cincuenta

días (cinco meses) de Trabajos en Beneficio de la Comunidad mediante auto de 29 de julio de 2013.

Dichas resoluciones fueron notificadas personalmente a la condenada, elaborándose por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Centro Penitenciario de Burgos el Plan Individualizado de Ejecución el 24 de febrero de 2014, indicando en el mismo que las 150 jornadas trabajos se realizaran a partir del 3 de marzo de 2014, de lunes a viernes, en horario de mañana, en el Ayuntamiento de la localidad de Medina de Pomar, y modificándose posteriormente el mismo en fecha 3 de marzo de 2014 por el que las 149 jornadas pendientes de cumplimiento en ese momento habrían de realizarse por la condenada también de lunes a viernes pero en horario de tarde. Dicha resolución fue notificada y conocida por A., llegando la misma a cumplir 70 de las jornadas establecidas.

b) El segundo elemento, objetivo o material, consiste en la acción natural descrita por el verbo quebrantar, en el sentido de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada medida cautelar. Tras el cumplimiento de las 70 primeras jornadas (estando pendientes de extinción las otras 80), A. no comparece en el centro en el que debía prestar los trabajos en beneficio de la comunidad, ni da justificación alguna a la persona encargada de la vigilancia del cumplimiento, ni al Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas a efectos de que, de concurrir causa justificada, pudiera reformarse el Plan de Cumplimiento establecido.

Así consta que en la notificación a la penada se le indicaba que, para facilitar los contactos con la entidad del lugar de cumplimiento, deberá dirigirse al Alcalde, señalándose dos teléfonos de contacto (folios 7 y 22 de las actuaciones).

Consta asimismo que en fecha 18 de julio de 2014 se remite por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria oficio en el que se indica que A. se ausentó más de dos jornadas en el cumplimiento en el cumplimiento de la pena impuesta, considerando dicha ausencia como un rechazo voluntario al cumplimiento. En el mismo oficio se dice que “practicadas diligencias de notificación a la penada, en legal y debida forma, para que aclarase las circunstancias de dicha incidencia, no ha acudido a la cita” (folio 25).

La propia condenada indica, tanto en la fase instructora (folios 105 y 106) como en el acto del Juicio Oral (momentos 02:45 y siguientes de la

grabación en DVD del Juicio Oral, que como acta audiovisual del mismo se incorpora a las actuaciones), que dejó de cumplir los trabajos en beneficio de la comunidad establecidos, no habiéndolos cumplido a la fecha del Juicio Oral (5 de julio de 2016).

c) Un tercero, subjetivo, consistente en el dolo típico, entendido éste como conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y consciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna. El elemento subjetivo se deriva de los actos ejecutados. La sentencia del Tribunal Supremo nº 2678/09 de 12 de noviembre, señala que: “el tipo del artículo 468 del Código Penal no requiere más elemento subjetivo para su punición que el dolo típico, entendido como conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y consciencia de su vulneración sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna” y concluye que “habiéndose reconocido por el acusado el conocimiento de la medida cautelar impuesta, son irrelevantes los fines y pretextos alegados para vulnerar tal medida, lo que hizo hasta en tres ocasiones”.

En el presente caso, A., manifiesta tener conocimiento de que cuando abandonó el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad sabía que no había cumplido la totalidad de las jornadas impuestas y que, pese a ello no continuó con el mencionado cumplimiento, ni puso las circunstancias que se lo impedían en conocimiento del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas. Alega que el incumplimiento fue debido al término del curso escolar pues los trabajos consistían en la limpieza de las dependencias del colegio al que había sido asignada y recibió el alta la trabajadora a la que sustituía, y que además tuvo que cuidar a sus padres, al haber sufrido el padre una caída el 22 de junio de 2014 en la localidad de Cáceres (folios 62 y 63) y que dichas circunstancias las puso en conocimiento del Ayuntamiento de Medina de Pomar, en la persona de un tal “Modesto” del que no aporta otros datos identificativos.

Ambas circunstancias impositivas alegadas, aparte de irrelevantes tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente reseñadas, no aparecen acreditadas por prueba alguna en el acto del Juicio Oral. Si bien es cierto que la acusada no viene obligada a acreditar mediante una prueba diabólica de hechos negativos su inocencia, que en todo caso se presume,

al amparo de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional, no es menos cierto que deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas cuando, como ocurre en el presente caso, suficiente prueba existe en su contra. En palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de diciembre de 1999: “cabe recordar también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al derecho a la presunción de inocencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997), que señala cómo tal derecho no es un derecho activo, sino de carácter reaccional; es decir, no precisado de comportamiento activo por parte del titular del mismo. No precisa éste solicitar o practicar prueba alguna para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena, pues la carga de la prueba de su culpabilidad está atribuida al que la afirme existente, que es el que tiene que acreditar la existencia no sólo del hecho punible, sino la intervención que en él tuvo el acusado –entre varias, sentencias del Tribunal Constitucional 141/86, 150/89, 134/91 y 76/94–. En tal sentido, como recientemente recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 721/94, no difiere esencialmente de lo que es general a la teoría general del proceso conforme a los artículos 1.251 y 1.214 del Código Civil. Consecuentemente con ello, continúa exponiendo, que lo que dispensa o “libera” de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho; pero acreditada la misma se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la parte acusada, si introduce en la causa un hecho impeditivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo pues la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional –sentencias 31/81, 107/83, 17/84 y 303/93– ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario –que bastaría la alegación de un impeditivo– privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión”

La Audiencia Provincial de Gerona en sentencia de 3 de septiembre de 2004 nos dice que “debe recordarse que, como establece el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Auto de 6 de mayo de 2002, “la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el “onus” de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que

para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas.

Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el “onus probandi” de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de febrero de 1995).

En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones”.

En el presente caso únicamente se acredita que el padre de Alicia fue asistido en servicio de urgencias hospitalario el 22 de junio de 2014, objetivándose un traumatismo craneal que no precisó de ingreso hospitalario. No se acredita ni la necesidad de atención y asistencia por parte de su hija, ni mucho menos que dicha asistencia de ser necesaria no pudiese ser prestada por otra persona.

Por otro lado ninguna prueba aporta de que hubiese puesto en conocimiento del alcalde de Medina de Pomar, como así se le indicaba en la notificación del plan de cumplimiento, dichas incidencias impeditivas. No se aporta como testigo al tal “M.”, ni documental alguna en la que conste dichas puestas en conocimiento.

Por el contrario, se aprecia una renuente oposición al cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad por parte de A., oposición que se acredita indiciariamente con el hecho de que no compareciese voluntariamente ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Centro Penitenciario de Burgos para la realización del Plan de Cumplimiento, debiendo emitirse auto de 18 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Penal (folios 17 y 18) en cuyo antecedente de hecho segundo se indicaba que “en ejecución de sentencia y pese a los requerimientos para el cumplimiento voluntario, la penada no ha acudido a los Servicios Sociales Penitenciarios para la elaboración del correspondiente plan de cumplimiento de la pena” y en el fundamento jurídico único se decía que, ante dichas incomparecencias, “debe acordarse la detención y acompañamiento de la misma hasta el Servicio Social Penitenciario de Burgos”, detención y presentación que en su parte dispositiva recoge el mencionado auto.

Es prueba del incumplimiento voluntario el hecho de no poner en conocimiento del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de las causas del abandono de las jornadas o trabajos en beneficio de la comunidad, no acreditando además que se hubiera informado de ello al alcalde de Medina de Pomar, y fundamentalmente el hecho que, desde el 22 de junio de 2014 hasta el día del Juicio Oral celebrado en primera instancia por la presente causa, A. no haya cumplido voluntariamente la pena quebrantada, pese a conocer la apertura de las presentes actuaciones por el delito de quebrantamiento de condena objeto de acusación.

Por todo lo indicado procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y ahora objeto de examen, sin que este Tribunal aprecie error alguno en la libre, racional y motivada valoración probatoria realizada por el Magistrado-Juez de instancia en su sentencia.

TERCERO.- Desestimándose como se desestima el recurso de apelación interpuesto por A., procede imponer a la parte recurrente las costas procesales que se hubieren devengado en la presente apelación, si alguna se acreditase producida, y ello en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento aplicable a la interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por todo ello, este Tribunal, administrando justicia en el nombre del Rey, dicta el siguiente:

Fallo

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 3 de Burgos, en su Procedimiento Abreviado nº 323/15 y en fecha 7 de julio de 2016, y ratificar en todos sus pronunciamientos la referida sentencia, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase devengada.

146.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 07/04/16

Declaración de incumplimiento de las jornadas.

Hechos

PRIMERO.- Que por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas se elaboró el plan para la ejecución de la pena impuesta a J.M.R.A. en ejecutoria 293/15 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huelva.

SEGUNDO.- Que por el Servicio de Gestión Social de Penas y Medidas Alternativas se ha remitido informe en el que se pone de manifiesto el incumplimiento por el penado de las jornadas.

TERCERO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal informó en sentido de solicitar dar por incumplida la pena y la remisión de testimonio al tribunal ejecutor.

Razonamientos jurídicos

Único.- Que a la vista del informe remitido por el Centro Penitenciario Huelva, que pone de manifiesto el incumplimiento por el condenado de las jornadas conforme al plan elaborado y para el que había dado su conformidad, alegando unas razones médicas que no han resultado acreditadas, en cuanto a tenor del informe remitido por los Servicios Médicos del Centro

Penitenciario de Huelva donde se encontraba ingresado y donde debía llevar a cabo el cumplimiento de la pena, no existe contraindicación alguna, pese a las patologías que padece, para llevar a cabo los trabajos asignados, procederá dar por incumplida la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal y al tratarse de una pena sustituida, dar cuenta al órgano judicial sentenciador a los efectos previstos en el artículo 88.2º del mismo texto legal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.Sª.

Parte dispositiva

S.Sª DISPONE: Dar por incumplida la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad impuesta a J.M.R.A. por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Huelva, en ejecutoria 293/15.

147.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 HUELVA DE FECHA 04/01/16

Estimación de recurso considerando justificado el incumplimiento de alguna jornada.

Antecedentes de hecho

Primero.- Por Letrada, en defensa de R.B.C., se interpuso Recurso de Apelación contra resolución dictada el 17 de Septiembre de 2.015 por la que se acordó tener por incumplida pena de TBC, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

Razonamientos jurídicos

Primero.- Vistas las alegaciones formuladas por el solicitante, procede declarar:

La resolución objeto de impugnación detalla los extremos atendidos para fijar la decisión: que el penado ha tenido numerosas ausencias en el cumplimiento del plan establecido y que no se produjo el ingreso en Proyecto Hombre hasta el día 22 de junio.

Consta en las actuaciones la aprobación de plan de cumplimiento a iniciar el uno de junio de 2015.

El cumplimiento se inició en la fecha prevista y se mantuvo sin incidencias hasta el día 10 de junio.

Consta que el 16 de junio (tras incumplimiento de las jornadas previstas para los días 11, 12 y 15 de junio) el penado se persona en el CIS para informar de que deja de acudir al lugar de cumplimiento (Banco de Alimentos) “porque va a ingresar en Proyecto Hombre”.

Consta que el 15 de junio ya se había personado en Centro de Salud para “analítica”, con constancia, según describe el facultativo que lo atendió, de que en esa fecha se encontraba en estudio ya que “psíquicamente se encontraba bastante mal”.

Consta que el día 22 de junio ya se encontraba internado “en régimen residencial en Proyecto Hombre”.

Los elementos expuestos ponen de manifiesto que el penado cumplió con normalidad los tres primeros días de la semana, que tras dos ausencias consecutivas, se personó en centro de salud apreciando que se encontraba psicológicamente mal, que al día siguiente comparece voluntariamente en el CIS y da cuenta de la situación y de los motivos, y que tres días laborales después ya se encuentra internado en Proyecto Hombre, de lo que se deduce la sinceridad de lo alegado por el penado en su comparecencia voluntaria ante el CIS.

Con los elementos expuestos y siendo cierto que entre los sucesivos avatares ya reseñados transcurrieron varias jornadas laborales sin cumplimiento del plan aprobado, no es menos cierto que parece razonable aceptar que, encontrándose psicológicamente mal y en tramitación de ingreso residencial en Proyecto Hombre, constando que actuó para informar puntualmente de la situación que padecía, se estima que concurren suficientes elementos para descartar que el cumplimiento pueda calificarse como voluntario, como doloso, como prueba de desprecio a lo judicialmente establecido, estimando, por el contrario, que concurre suficiente causa para

estimar justificada la actuación, por lo que procede revocar lo acordado y elaborar un nuevo plan para el cumplimiento de las jornadas pendientes.

Por lo expuesto, DISPONGO:

Procede estimar el Recurso de Apelación formulado por Letrado, en nombre de R.B.C. y dejar sin efecto lo acordado en resolución judicial de 17 de septiembre.

CAPÍTULO XVIII

OTROS

148.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/12/15

Estimación de queja sobre adquisición de libro electrónico.

Hechos

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno U.B.S. del Centro Penitenciario Albolote formulando queja sobre denegación de adquisición de un libro electrónico.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno U.B.S. sobre denegación de adquisición de un libro electrónico en el Centro Penitenciario de Albolote, procede señalar, como primera

cuestión, que tal y como alega el interno, sobre dicha materia se ha pronunciado ya la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante Auto nº 650/14 de fecha 11/9/2014, en el que se autoriza a un interno de otro Centro Penitenciario, la tenencia de un lector digital de libros en el Establecimiento, con determinadas condiciones (adquisición por demandadero, sin WIFI, sin puerto USB ni grabadora de voz) y proponiendo como medios de carga de los libros, tarjetas de memoria enviadas por la familia o, en su caso, a través del fondo digital de libros de la Biblioteca del Centro Penitenciario, si dispusiera del mismo.

Entiende la Sala que, estableciendo dichas cautelas, se concilia el derecho del interno de poseer y leer libros en un aparato electrónico sin riesgo ni detrimento para la seguridad del Centro Penitenciario.

TERCERO.- Ahora bien, examinados los informes obrantes en el Expediente, en relación a la queja aquí estudiada, y una vez aceptado que el libro electrónico deber ser autorizado, si es adquirido por demandadero, y en los términos que fija la resolución de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, debe analizarse si el sistema de carga de Libros mediante tarjetas de memoria introducida por la familia, plantea relevantes y graves riesgos para la Seguridad del Establecimiento, y si es o no viable.

A tales efectos, y según han venido informando a este Juzgado diversos Centros Penitenciarios en que los internos han formulado la misma petición, deben valorarse los siguientes riesgos para la seguridad del Centro Penitenciario:

En un primer lugar, se deberían traer los libros descargados en una tarjeta SD, lo que provoca su dificultad en la detección de las mismas y por tanto su posible ocultación, pudiendo introducir las en el Centro y leerlas sin necesidad de descargarlas en el dispositivo del interno, con el consiguiente peligro de poder transmitir información sensible sobre la seguridad del Centro y sus trabajadores, evitando de esta manera el control de sus comunicaciones, las cuales tiene intervenidas.

– En un segundo lugar, la descarga de los libros para su revisión en los ordenadores del Centro pondría en riesgo los ordenadores del Centro, por la posibilidad de contener algún tipo de virus o programa malicioso, que si no se detectaran y en ciertos casos es muy complicado, afectarían de forma grave el sistema informático.

– En otro orden, los libros descargados de forma legal deben tener depósito legal y pie de imprenta, y en la mayoría de los casos, tienen un dispositivo anticopia que impide su descarga en más de un dispositivo, por lo que si el Centro lo descarga en su ordenador para su revisión, al tener las comunicaciones intervenidas el interno, luego no se podrían descargar en el dispositivo del interno.

– En relación al problema anterior, si al proceder a la revisión página por página y de forma minuciosa del contenido del mismo, para evitar y detectar que hubiera sido manipulado y se hubieran incluido textos o notas dentro del mismo, aparte del consiguiente tiempo que se tardaría en hacerse por la gran cantidad (incluso miles) de textos que caben en una tarjeta SD, si los mismos estuvieran escritos en vasco, se deberían de remitir al centro directivo al carecer el Centro de traductor, con el consiguiente retraso y riesgo de pérdida o deterioro de la tarjeta.

CUARTO.- Se trata, sin duda, de riesgos reales para la seguridad y también de naturaleza organizativa que deben ser evitados en la medida de lo posible, y, por ello, y teniéndose en cuenta todo lo ya expuesto y lo resuelto por la Sala, procede la estimación de la queja formulada por el interno, en el sentido de que procede la autorización de adquisición por el mismo de un aparato lector digital de libros, a través del servicio de demandadero, sin posibilidad de conexión de la red, sin puerto USB ni grabadora de voz, en el supuesto de que existan en el mercado dispositivos con tales características y cuya carga de libros solo podrá ser realizada a través de fondo digital de libros que se constituya en la Biblioteca del Centro Penitenciario, y no existiendo actualmente dicho fondo deberá estarse a lo que resuelva la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en relación a las propuestas ya formuladas por este Juzgado a tales efectos y conforme lo prevenido en el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

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

Parte dispositiva

Se estima la queja del interno U.B.S. del Centro Penitenciario Albolote en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución;

es decir siempre y cuando existan en el mercado lectores digitales con las características señaladas en el Auto de la Sec. 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 11-9-14 y por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se resuelva la constitución de un fondo digital de libros en la Biblioteca del Centro Penitenciario.

149.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 02/02/16

Estimación de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal respecto a autorización de libro electrónico no disponible en el mercado.

PRIMERO.- El día 25-08-15 en el expediente N° 414/11, relativo al penado A.E.D., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria resolución en la que se estimaba la queja de interno por la denegación de adquisición de libro electrónico, siempre y cuando existan en mercado lectores digitales con las características señaladas en el Auto de este tribunal de 11.09.2014 y por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se resuelva la constitución de fondo digital de libros en la biblioteca del Centro Penitenciario.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación al considerar que no existe en el mercado un libro digital con las especificaciones que se señalan, por lo que procedía denegar la queja del penado.

SEGUNDO.- La Sección 1ª de la Sala Penal, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución,

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- El Reglamento Penitenciario, en la Sección sobre recepción de paquetes, trata en el artículo 51 los artículos y objetos no autorizados, y establece en el apartado 1º “se consideran artículos u objetos no au-

torizados todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud...”.

El penado que formula la queja cumple condena por delitos de terrorismo, vinculados a la organización ETA. En este sentido es lógico establecer las adecuadas medidas de control de las comunicaciones para impedir o limitar las posibles comunicaciones con la organización ETA y también evitar el mutuo intercambio de información que, a la vista de la persistencia de la organización terrorista, pueda implicar un riesgo para la seguridad. Es cierto que la citada organización ha suspendido la realización de atentados pero su mera existencia como organización armada responde a la posibilidad de reanudar su actividad e implica evidentemente una situación de riesgo para la seguridad en general y particularmente para la seguridad de los centros penitenciarios en los que se encuentran internos sus militantes.

Este tribunal en una anterior resolución ha propiciado facilitar el acceso de los presos a la lectura mediante la utilización de libros electrónicos, estableciendo las precauciones para que dicha utilización no sirviese para la recepción o emisión de información por los presos que no pudiese ser controlada por los funcionarios del establecimiento. Sin embargo, como alega el Ministerio Fiscal, no fue posible su ejecución pues hoy no es técnicamente posible. Los libros electrónicos disponen de sistemas de carga de información que no pueden ser anulados sin privarles de su utilidad y no es posible, si se tiene en cuenta que una memoria puede contener decenas de miles de páginas de información, controlar su contenido por los funcionarios antes de su entrega a los internos; también resulta extremadamente difícil controlar la entrada en los centros penitenciarios de microtarjetas SD que pueden contener información no controlada y que pueden ser leídas en los libros electrónicos cuya autorización para su utilización se pide.

Finalmente, debe valorarse que el interno conforme al artículo 128 del Reglamento Penitenciario puede recibir publicaciones o libros en papel, legalmente editados, por lo que la prohibición de introducir tarjetas SD no le impide la lectura de los libros y publicaciones legales que estime conveniente y que en su formato papel pueden ser introducidos en el centro.

Por todo ello debe estimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y dejar sin efecto una autorización cuyas condiciones impiden su aplicación.

En atención a lo expuesto DISPONEMOS:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el auto de 25-08-2015 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, dictado sobre adquisición de libro electrónico, se acuerda dejar sin efecto esa resolución y desestimar la queja del interno A.E.D.

**150.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 1ª DE FECHA 02/02/16**

No se autoriza la adquisición de libro electrónico.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por la Dirección de Régimen del Centro Penitenciario de Albolote (Granada), se procedió a remitir queja formulada por el interno J.A.O.G., ante la negativa del Centro de permitirle la compra de libro electrónico con cautelas, para su trámite ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

SEGUNDO.- Que por dicho Juzgado Central, y previos los trámites legales procedentes, oído el Ministerio Fiscal, con fecha 2 de Junio de 2015 se dictó resolución por la que se acordaba “Se estima la queja del interno J.A.O.G. del Centro Penitenciario Albolote en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución”.

TERCERO.-A continuación por la representación procesal de penado se interpuso recurso de apelación siendo admitido a trámite, dándose traslado del escrito al Ministerio Fiscal que se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal.

CUARTO.- A continuación recibidas las mismas por este Tribunal, sé incoó el correspondiente rollo, se turnó de ponencia y se procedió al examen y deliberación de la ponencia, siendo votada y aprobada con el siguiente contenido.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Se fundamenta el recurso de la representación procesal del penado, que apela contra un auto que estima su queja, porque aun cuando estima la posibilidad de adquisición de un libro electrónico por el interno, las cautelas o condiciones de su uso no son las que solicitara el hoy apelante, y que consistían en: Será adquirido por el servicio de demandaduría; carecerá de conexión wifi; carecerá de puerto USB, aunque se podrá concertar a un ordenador del Departamento de Seguridad que tendrá que descargar los libros que mensualmente le traigan sus familiares en una tarjeta de memoria; y carecerá de grabación de voz. Por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria se establece la posibilidad de adquirir un lector digital de libros a través del servicio de demandadero, sin posibilidad de conexión de la red, sin puerto USB ni grabadora de voz, y cuya carga de libros solo podrá ser realizada a través del fondo digital de libros que se constituya en la Biblioteca del Centro Penitenciario, y no existiendo actualmente dicho fondo, deberá estarse a lo que resuelva la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en relación con las propuestas ya formuladas por dicho Juzgado a tales efectos y conforme a lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

SEGUNDO.- El debate que nos ocupa en el presente recurso, no es por tanto la adquisición del libro electrónico o lector digital de libros, sino las condiciones de sus características y su uso, ya que el Centro Penitenciario y así lo recoge el Juzgado existen motivos reales que afectan a la seguridad del Centro. Las razones expuestas en el auto recurrido en el que se menciona de forma expresa y extensa cuáles son los motivos que dan lugar a admitir la adquisición del instrumento informático y la negativa a aceptar las características propuestas, es lógica y razonable, afectando a la seguridad del establecimiento penitenciario dada la mínima dimensión de una tarjeta SD; la posible inclusión de, virus a través de tal sistema de transmisión de datos a los ordenadores del Centro, que examinarían y supervisarían el contenido de la tarjeta entregada; la posibilidad de que los libros adquiridos e insertos en la tarjeta no permitan una copia; a lo que hay que añadir la necesidad de personal suficiente para el examen del dispositivo y la lectura del libro e incluso de su traducción y el preciso traslado para la realización de esta.

Es evidente que concurren las razones expuestas en el fundamento por el Juzgado a quo, sin que el contenido del auto que cita el apelante y consta en el expediente dé cumplida contestación a la problemática planteada por dicho Juzgado, máxime cuando no se discute el derecho del interno a tener un lector digital de libros.

No se conculca el derecho del interno a la cultura y se garantiza la seguridad y funcionamiento del establecimiento, para lo que se arbitra por el Juzgado un sistema de funcionamiento, debiendo urgirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para la formación de las Bibliotecas y su fondo de libros.

TERCERO.- La solución dada por el Juzgado a quo al debate propuesto por la solicitante es correcta y ajustada a derecho, debiendo por tanto desestimarse el recurso interpuesto por el penado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

Parte dispositiva

La Sala acuerda

Desestimar el recurso presentado por la representación procesal de J.A.O.G. contra el auto de 2 de junio de 2015, y en su consecuencia debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, manteniendo la misma en todas sus partes en los términos antes expuestos.

151.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 3 DE VITORIA DE FECHA 06/01/16

Mandamiento de libertad y estimación de habeas corpus

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por auto de esta fecha se acordó, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, la incoación de procedimiento de Habeas Corpus en el que figura como persona privada de libertad M.N.

SEGUNDO.- El detenido ha sido oído, así como el subdirector del Centro Penitenciario de Araba/Álava.

Se han realizado las demás actuaciones acordadas y el Ministerio Fiscal ha emitido nuevo informe en el que dice: Que se ha procedido a la incoación del oportuno expediente de Habeas Corpus a petición del interno en el centro penitenciario de Zaballa indicado anteriormente. Como diligencias en el expediente y a la vista de la documentación que acompañaba a la petición, se ha procedido a tomar declaración, en comparecencia judicial, al Subdirector de Régimen del Centro Penitenciario, encontrándose grabada dicha comparecencia. Los antecedentes de la petición de Habeas Corpus descansa en la circunstancia de que el solicitante se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad de 22 días, que quedaría extinguida en el día de hoy, 6 de enero y al mismo tiempo se encuentra como preso preventivo por el Juzgado de Instrucción nº 3 de San Sebastián en las Diligencias Previas nº2684/15. En el día de ayer el interno fue trasladado a los Juzgados de Donostia y al regresar al centro presentó, la Fuerza conductora, un mandamiento de libertad emitido por el Juzgado de lo Penal nº 1 de San Sebastián en el Procedimiento Abreviado nº 370/15.

La petición de Habeas Corpus descansa en el hecho de que por los servicios penitenciarios de Zaballa, se han negado a admitir la existencia de un mandamiento de libertad que justificaría la puesta en libertad del interno, al entender, según las manifestaciones venidas por el Subdirector de Régimen en la comparecencia realizada hoy, al entender que existen dudas respecto a si dicho mandamiento de libertad ha sido expedido por un órgano legitimado para ello, puesto que a ellos les consta que el preso está a disposición del Juzgado de Instrucción nº 3 de San Sebastián en la DIP 2684/15 y no a disposición del Juzgado de lo Penal nº 1 de la citada Ciudad en el PAB 370/15.

Sin embargo tales dudas no pueden admitirse dados los datos obrantes en la documentación que ha sido aportada por el propio centro penitenciario. Así tanto en el mandamiento de ingreso en prisión y como en el mandamiento de libertad consta el mismo número de identificación general o NIG, a saber, 20.05.1-15/012876 e igualmente consta como referencia de atestado el mismo en ambos mandamientos de prisión y libertad: 590A1501095 y 590D1502242. Luego ambos mandamientos corresponden a las mismas actuaciones, de hecho el número de NIG fue introducido como un único número de identificación de causa, sea cual sea el estado de su tramitación, para favorecer la identificación de la misma.

Con estos antecedentes no cabe sino interesar del Juzgado de Instrucción la inmediata puesta en libertad del interno, ya que con los datos obrantes en la documentación, no puede sino entenderse que efectivamente este ha cesado en su condición de preso preventivo y que la condena de 22 días que debía cumplir, igualmente se extingue hoy. Todo ello conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del Habeas Corpus.

Fundamentos de Derecho

Único.- El artículo 1º de la Ley Orgánica 6/84, reguladora del Procedimiento de Habeas Corpus, establece los supuestos en los que se considera que una persona ha sido ilegalmente detenida. De lo actuado resulta que, en el presente caso, concurre el supuesto señalado con la letra c).

De las manifestaciones del Subdirector del Centro Penitenciario de Álava se sigue que el solicitante del Habeas Corpus no será ha puesto en libertad hasta en tanto no puedan corroborar fehacientemente con el Juzgado de que acordó su prisión provisional que la citada medida ha quedado sin efecto. No obstante esta declaración y entendiendo comprensible las dudas que pueda albergar la entidad penitenciaria, de la documentación aportada al procedimiento se sigue que la causa que determinó la entrada en prisión de M.N. ha sido juzgada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de San Sebastián, que ha ordenado la puesta en libertad del reo. Si bien es cierto que el Juzgado de Instrucción no comunicó al Centro Penitenciario que M.N. había sido puesto a disposición del citado órgano enjuiciador no es menos cierto que comprobados los datos, nº de atestado, NIG y números de diligencias previas y procedimiento abreviado no existe ninguna duda de que el procedimiento en el que se ha decretado la libertad es el mismo que en su día determinó la entrada de M.N. en el Centro Penitenciario como preso preventivo, por lo que, de acuerdo con el artículo 8º de la citada Ley, procede acordar la medida señalada con la letra a).

Parte dispositiva

Se acuerda la inmediata puesta en libertad de M.N.

152.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 03/04/16

Devolución de reloj retenido.

Hechos

PRIMERO.- Que el presente expediente se incoó en virtud de escrito del interno D.G.L. del Centro Penitenciario Huelva formulando queja para que le entreguen un reloj retenido.

SEGUNDO.- Recabados los informes pertinentes del Centro Penitenciario, se remitió el expediente al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de la misma.

Razonamientos jurídicos

Único.- Que valoradas en conjunto las alegaciones contenidas en el escrito del interno, las manifestaciones efectuadas por éste en audiencia ante este Juzgado, la información aportada por el Centro Penitenciario y la inspección llevada a cabo por esta juzgadora del reloj objeto de reclamación y resultando que éste, a tenor de las manifestaciones del interno, carece de valor especial y tiene más de 17 años de antigüedad, apreciándose en la inspección que se trata de un reloj de marca Casio, con correa de acero inoxidable, un modelo antiguo, sin que se observe que es ostentoso ni de un valor especial, teniendo como única peculiaridad que marca las mareas y las lunas, sin que pueda por ello considerarse como objeto de especial valor, procederá estimar la queja formulada por el interno a fin de que se le haga entrega del reloj intervenido.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

Parte dispositiva

S.S^a DISPONE: Se estima la queja del interno D.G.L. en el sentido de que se le haga entrega del reloj intervenido, debiéndose remitir testimonio de esta resolución al Centro Penitenciario de Huelva para su ejecución y cumplimiento.

ÍNDICE ANALÍTICO

ACUMULACIÓN

Aplicación del límite de cumplimiento de 20 años.: § 7

Desestimación de recurso de amparo denegando acumulación de condenas impuestas en España con otra impuesta por Tribunal francés y cumplida en Francia (con votos particulares).: § 2

Desestimación de recurso de casación relativo a la acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país distinto e integrante de la U.E.: § 4

Desestimación de solicitud de acumulación de causas licenciadas para refundirlas con las que se están cumpliendo.: § 8

Estimación de recurso de casación admitiendo nueva acumulación que abarque la totalidad de las condenas que sean susceptibles de ello.: § 5

La puesta en libertad definitiva por aplicación de la sentencia Del RÍo Prada no conlleva violación del convenio, sin perjuicio de que se reconozcan otros derechos.: § 1

No se admite en la acumulación de las condenas una impuesta por un tribunal extranjero.: § 3

Unificación de penas dictadas por tribunal extranjero y acumulación con cantidad máxima de cumplimiento.: § 6

CLASIFICACIÓN

Admisión recurso para progresión a tercer grado.: § 12

Concesión del tercer grado, condicionado al pago efectivo de la responsabilidad civil.: § 10

Denegación de aplicación de vigilancia telemática.: § 18

Desestimación de progresión a tercer grado por falta de asunción delictiva.: § 15

Desestimación de recurso de apelación denegando la aplicación del régimen ordinario, conforme al artículo 78.2 del Código Penal.: § 14

Estimación de recurso de queja y progresión a tercer grado por concurrencia de factores favorables.: § 13

Estimación del recurso de apelación del Ministerio Fiscal y mantenimiento en segundo grado por concurrencia de factores desfavorables.: § 16

Estimación del recurso del Ministerio Fiscal, resolviendo la clasificación inicial en segundo grado y no en tercero.: § 17

Progresión a tercer grado por concurrencia de factores favorables (pese a informe desfavorable del Ministerio Fiscal).: § 9

Progresión a tercer grado por estimar la concurrencia de factores favorables.: § 11

COMUNICACIONES

Autorización de comunicación de convivencia con su hijo y pareja.: § 32

Autorización para comunicar mediante videoconferencia con su esposa, interna en otro Centro Penitenciario.: § 24

Autorización para tener las comunicaciones familiares conjuntamente con su esposa, interna en el mismo centro (con voto particular en contra).: § 26

Denegación de comunicación extraordinaria mediante videoconferencia.: § 25

Desestimación de queja respecto a numero de comunicaciones con un amigo.: § 31

Desestimación de queja sobre adquisición de cámara desechable para vis a vis.: § 37

Desestimación de queja sobre anulación de teléfono anteriormente autorizado.: § 34

Desestimación de queja sobre autorización de ampliación de llamadas telefónicas a familiares.: § 29

Desestimación de queja sobre autorización de comunicaciones familiares solo con su esposa.: § 33

Desestimación de queja sobre limitación de llamadas telefónicas.: § 28

Desestimación de recurso de apelación respecto a intervención de comunicaciones a interno radical por motivos religiosos.: § 19

Estimación de queja de interna para comunicar junto a su marido, también interno del mismo centro, con familiares.: § 27

Estimación de queja sobre límite de llamadas al abogado.: § 30

Estimación de recurso de apelación para autorizar comunicaciones con allegados (con voto particular en contra).: § 21

Estimación de recurso para comunicar con un allegado.: § 23

Estimación parcial de recurso respecto a comunicaciones con allegados.: § 22

Estimación recurso de apelación respecto a comunicaciones vis a vis con allegados.: § 20

Falta de jurisdicción del orden contencioso administrativo para resolver sobre intervención de comunicaciones.: § 36

Sanción procedente por solicitar comunicar con un amigo, cuando en realidad era sólo un periodista.: § 35

DERECHOS

Acceso a informes del expediente del interno.: § 58

Admisión de queja de interna para llevar un pañuelo islámico o “hi-yab”.: § 64

Compensación de la medida cautelar de alejamiento de 20 días en 1 día de prisión.: § 46

Denegación de acceso al protocolo.: § 61

Denegación de informes del expediente del interno.: § 60

Desestimación de queja respecto a declaración de incompatibilidad con otro interno hijo suyo.: § 47

Estimación de queja admitiendo mayor número de ingresos en peculio.: § 56

Estimación de queja aprobando el programa de obtención del carnet de conducir.: § 49

Estimación de queja respecto a participación en programa de educación vial y para obtener el permiso de circulación.: § 50

Estimación de queja sobre gastos de traslado de televisor.: § 42

Estimación de recurso de apelación reconociendo derecho a realización de programa de educación vial.: § 48

Estimación de recurso de apelación respecto a retención de fotografías periodísticas.: § 44

Estimación de redención ordinaria por trabajo intelectual (con voto particular en contra):. § 53

Estimación parcial sobre dispensación de alimentación vegana.: § 63

Exige consentimiento del interno para participar en una rueda de reconocimiento.: § 62

La retención por motivos disciplinarios no implica violación de ningún derecho fundamental.: § 43

Limitación del número de ingresos en peculio.: § 57

Limitación del uso de calefacción.: § 40

No procedencia de redención extraordinaria a interno condenado por terrorismo.: § 55

No procedencia de redención ordinaria por estudios que no resultan acreditados.: § 54

No procedencia de redención ordinaria por tenencia de sanciones.: § 51

No procedencia de redención ordinaria por trabajos no realizados.: § 52

Prescripción de la pena no interrumpida y vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal.: § 38

Prescripción de penas.: § 39

Revisión de condena de prisión y sustitución por otra de multa.: § 45

Se considera violación del Convenio la no entrega al interno de copia de su expediente a fin de interponer demanda (con voto particular).: § 59

Se desestima la queja sobre negativa del interno a limpiar por estar en huelga de hambre.: § 41

EXPULSIÓN

No procedencia de sustitución de pena por expulsión por tener el interno residencia legal.: § 67

Se deja sin efecto la sustitución de una pena de prisión de un año por expulsión.: § 65

Se sustituye la pena por expulsión una vez cumplida la mitad de la condena, pero se anula la imposición de responsabilidad personal subsidiaria.: § 66

JUEZ VIGILANCIA

Cuestión de competencia resuelta a favor del Juez de lo Penal sobre abono de pena, frente al Juez de Vigilancia.: § 68

LIBERTAD CONDICIONAL

Concesión de libertad condicional con arreglo a la regulación del Código Penal anterior a la reforma de 2015.: § 69

Concesión para disfrutarla en su país de origen.: § 70

Denegación de concesión por no finalizar programa específico.: § 76

Denegación de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes.: § 74

Denegación por padecimiento de enfermedad incurable pero no terminal.: § 73

Desestimación recurso del Ministerio Fiscal para realizar un curso en Italia durante la libertad condicional.: § 71

Desestimación de libertad condicional anticipada.: § 75

Desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal por apertura de diligencias previas.: § 83

No concesión de la libertad condicional, al considerarla prematura dadas las circunstancias concurrentes.: § 77

No procede concederla por cumplimiento de los setenta años, por restar más de cinco años de cumplimiento de condena.: § 72

No procede revocación por comisión de delito e ingreso en prisión preventiva, según reforma del Código Penal por L.O. 1/2015.: § 82

No procedencia de revocación de la libertad condicional por sobrevenida de nueva causa penada.: § 81

No repercusión de nueva causa penada sobre la causa suspendida, en libertad condicional.: § 80

Suspensión por ingreso en prisión preventiva.: § 78

Suspensión por prisión preventiva.: § 79

LIMITACIONES REGIMENTALES

Desestimación de recurso de apelación por aplicación correcta del artículo 75 del Reglamento Penitenciario.: § 84

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Controversia acerca de la competencia de los órganos judiciales para autorizar salidas terapéuticas de un sometido a media de seguridad de internamiento.: § 85

PERMISOS

Admisión de queja por incumplimiento del plazo fijado para estudio de permisos.: § 93

Concesión de permiso y derechos de la víctima del delito.: § 88

Deja sin efecto la suspensión acordada por iniciación de expediente de expulsión.: § 102

Denegación de permiso extraordinario para comparecer en una mesa electoral.: § 104

Denegación de un permiso con objeto de realizar pruebas de inseminación.: § 95

Denegación por concurrencia de circunstancias desfavorables.: § 96

Denegación por concurrencia de importantes factores desfavorables.: § 99

Desestimación de recurso de apelación denegando adopción de medidas de seguridad durante el disfrute de permisos.: § 94

Desestimación de recurso de apelación por concurrir circunstancias desfavorables.: § 98

Desestimación de recurso de apelación, denegando permiso por concurrencia de importantes factores desfavorables.: § 97

Estimación de recurso de apelación concediendo permiso por no estimar relevantes los factores desfavorables (con voto particular en contra).: § 86

Estimación de recurso de apelación concediendo un permiso por concurrencia de factores favorables.: § 92

Estimación de recurso de apelación concediendo un permiso por no considerar relevantes los factores desfavorables (con voto particular en contra).: § 91

Estimación de recurso de apelación, concediendo permiso pese a la lejanía de las 3/4 partes de la condena.: § 87

Estimación de recurso de apelación, concediendo permiso pese a la condición de extranjero en situación irregular del interno.: § 89

Estimación de recurso de apelación, concediendo permiso pese a recepción de una nueva causa penada.: § 90

Permiso extraordinario para renovar el pasaporte.: § 103

Recurso para unificación de doctrina que reconoce que en caso de suspensión de un permiso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene también capacidad de revocarlo.: § 100

Suspensión alzada por hechos ajenos a la responsabilidad del interno.: § 101

PRISIÓN PROVISIONAL

Desestimación de recurso de apelación respecto a la solicitud de libertad provisional.: § 107

Estimación de autorizar traslado a una asociación desde el hospital a interna en situación de prisión provisional con enfermedad grave.: § 109

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad personal, admitiendo el doble cómputo de prisión hasta entrada en vigor de la L.O., 5/2010.: § 105

Estimación de recurso de apelación admitiendo el doble cómputo de prisión preventiva y penada.: § 106

Se admite la demanda de indemnización por prisión preventiva tras absolución.: § 108

RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES

Archivo de expediente de reconocimiento mutuo al preexistir tramitación conforme al convenio de Estrasburgo.: § 110

Competencia en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.: § 113

Concesión de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes a interno italiano en su país y posible aplicación de la ley de reconocimiento mutuo.: § 115

Estimación de recurso de apelación para que se inicie la tramitación de la ley sobre reconocimiento mutuo.: § 114

No procedencia de aplicación de ley de reconocimiento mutuo por falta de vinculación suficiente.: § 112

Procedencia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales para cumplir en Bélgica.: § 111

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Desestimación de queja respecto a recompensas.: § 123

Estimación de recurso de alzada, considerando carentes de virtualidad los hechos sancionados y dejando sin efecto el acuerdo sancionador.: § 119

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho de presunción de inocencia y anulación del acuerdo sancionador.: § 116

Estimación de recurso de apelación declarando la nulidad de la sanción de 14+14 días de aislamiento sin valorar circunstancias físicas ni psíquicas.: § 117

Estimación parcial de queja rebajando la cualificación de la falta por desobediencia de grave a leve.: § 120

No consideración de insultos a funcionarios durante una comunicación intervenida y revocación de la sanción.: § 118

Nulidad de lo actuado. Las alegaciones del interno deben realizarse ante la Comisión Disciplinaria.: § 121

Se declara desierto el recurso por no interponerlo el interno en un mes.: § 122

SANITARIA

Autorización de intervención quirúrgica coactiva ante riesgo para la vida del interno.: § 124

Desestimación de queja sobre incomparecencia del médico en domingo.: § 126

Estimación de queja sobre fotografía requerida por el servicio de urología del hospital.: § 125

Estimación parcial de queja sobre notificación de bajas médicas al interno.: § 127

SEGURIDAD DEL ESTABLECIMIENTO

Desestimación de queja por registro de celda sin estar el interno presente.: § 130

Desestimación de queja por registro en celda desproporcionado.: § 129

Estimación parcial de queja por no notificar a un interno el acuerdo de aplicación de medios coercitivos.: § 128

Posibilidad de apertura parcial y temporal de celdas por la noche.: § 131

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

Denegación de la suspensión de la pena por incumplimiento de las condiciones impuestas.: § 134

Estimación de recurso de apelación acordando la suspensión de pena a delincuente no primario.: § 132

Estimación de recurso declarando remitida pena suspendida pese a comisión de nuevos delitos.: § 135

No procede la revocación de la suspensión una vez finalizado el plazo de garantía, aunque durante el mismo se hubiera cometido un delito.: § 136

No procede la suspensión de penas de prisión en sentencia por delitos con pena individual de prisión inferior a dos años y por otros delitos con penas superiores a ese periodo.: § 133

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Anulación de plan de ejecución por no considerar de interés general la entidad propuesta, así como los trabajos a realizar.: § 139

Declaración de incumplimiento de las jornadas.: § 146

desestimación de recurso de apelación por quebrantamiento de condena a TBC.: § 145

Estimación de recurso considerando justificado el incumplimiento de alguna jornada.: § 147

Estimación recurso de apelación por no considerar delito de desobediencia la incomparecencia para elaborar el plan de cumplimiento.: § 141

Estimación recurso de apelación por no considerar delito de desobediencia la incomparecencia para elaborar el plan de cumplimiento.: § 142

Incumplimiento de TBC que dan lugar a la revocación de la sustitución de la pena de prisión.: § 140

La competencia para controlar el cumplimiento de una TBC establecida como condición de una suspensión de condena, corresponde al tribunal sentenciador y no al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.: § 137

La mera incomparecencia para iniciar el cumplimiento o de TBC no supone delito de quebrantamiento.: § 144

No se considera delito de quebrantamiento la negativa al cumplimiento de la pena.: § 143

Supuestos de sustitución de prisión por impago de multa por TBC, dependiendo de la primariedad delictiva.: § 138

OTROS

Devolución de reloj retenido.: § 152

Estimación de queja sobre adquisición de libro electrónico.: § 148

Estimación de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal respecto a autorización de libro electrónico no disponible en el mercado.: § 149

Mandamiento de libertad y estimación de habeas corpus.: § 151

No se autoriza la adquisición de libro electrónico.: § 150

