

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2019



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2019**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2019

I.^a edición
Septiembre de 2020



MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

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

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

Coordinación y Supervisión:

Petra Mínguez Pérez

Coordinadora del Equipo Técnico de la Central Penitenciaria de Observación

Elaboración y Comentarios:

Marta Jiménez López

Jurista de la Central Penitenciaria de Observación

Tratamiento Informático:

Vicente Fernández Fernández

Jefe de Sección de la Central Penitenciaria de Observación

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

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

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica



Producción encomendada a:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y
Formación para el Empleo



Diseño y Maquetación:

Taller de Artes Gráficas

Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



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

NIPO Web: 126-15-040-2

NIPO USB: 126-20-055-X

Depósito Legal: M-29785-2020

PRÓLOGO

Como todos los años, la Central Penitenciaria de Observación ha continuado con su labor de recopilación de las resoluciones judiciales de mayor interés en relación a la materia penitenciaria, con el fin de ponerla a disposición de los profesionales del derecho.

En la presente edición de “Jurisprudencia Penitenciaria 2019” encontraremos diversos epígrafes en los que se contienen resoluciones que versan sobre cuestiones que conforman el día a día de la labor que desarrollan los profesionales que tienen relación con esta parte del derecho.

Como principal novedad, en esta recopilación se incluye por primera vez un apartado dedicado a la libertad vigilada. Se incorporan en el mismo, distintas disposiciones judiciales acerca de aspectos tales como la aplicación y los efectos de esta medida así como aquellas que versan sobre cuestiones acaecidas durante su cumplimiento. En este sentido, destacamos el auto de la Audiencia Provincial de Santander de 11 de noviembre de 2019, que previa propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, acuerda suspender el cumplimiento de la medida de libertad vigilada al haberse recibido nueva causa que impone pena privativa de libertad. Queremos anticipar aquí el proyecto que está llevando a cabo esta Central Penitenciaria de Observación para publicar en los próximos meses un Monográfico precisamente sobre el tema de la Libertad Vigilada, dado el incremento de resoluciones judiciales que interpretan de formas diversas la aplicación y seguimiento de la misma, con distintas implicaciones para la Administración Penitenciaria.

Asimismo, tienen cabida en esta recopilación resoluciones emanadas de órganos judiciales europeos. Se hace especial mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de

octubre. La misma da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en relación a ciertas cuestiones de la Decisión Marco 2002/584. Dicha resolución profundiza en los criterios que se deben someter a comprobación por parte de las autoridades de los distintos Estados en relación a las condiciones de reclusión para garantizar los derechos del detenido.

También en el ámbito europeo destaca la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de julio de 2019 en virtud de la cual se declara vulnerado el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las autoridades belgas no ejecutaron una OEDE emitida por el Estado español en relación a una presunta involucrada en un delito de terrorismo. El mencionado tribunal entiende que las autoridades belgas deberían haber pedido información complementaria sobre la aplicación de régimen de detención y concluye que Bélgica incumplió su deber de cooperar en el marco procesal resaltando la insuficiencia de base fáctica para rechazar la entrega.

Dentro del apartado clásico que suponen los permisos en estas recopilaciones, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina. El Alto Tribunal llega a la conclusión de que la mera existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar no determina por sí sola la existencia de mala conducta, sino que para la concesión de permisos de salida será necesaria la ponderación de todos los factores concurrentes en el estudio individualizado de la situación del interno.

La presente recopilación, recoge también el pronunciamiento realizado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias 222/2019 y 223/2019, ambas de fecha 21/2/2019). En dichas resoluciones se pone fin a la polémica que se venía manteniendo durante los últimos años, acerca de qué Administración es la que debe hacer frente a los gastos derivados por la asistencia médica especializada que reciben las personas privadas de libertad en los hospitales públicos. Al tratarse de resoluciones muy similares se publica únicamente la sentencia nº 223/2019.

Tras interpretar los artículos 3.2, 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad con el artículo 2 de la Ley 16/2003,

de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y ponerlos en relación con los artículos 3 y 36 de la Ley Orgánica 1/1979 y los artículos 207, 208 y 209 del Reglamento que desarrolla dicha Ley (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), el Tribunal Supremo decidió que la Administración responsable del pago de esa asistencia médica es la Administración Penitenciaria con independencia de si los mismos están o no afiliados a la Seguridad Social. Por su interés se publica además de la referida sentencia, el voto particular que formuló el Presidente de la Sección 2ª de la Sala Tercera del mencionado Tribunal.

Los profesionales del derecho podrán encontrar en esta recopilación numerosas resoluciones judiciales en otras materias tales como las concernientes a la clasificación, comunicaciones o régimen disciplinario de los internos con el objetivo de que todo aquel que tenga acceso a este trabajo pueda profundizar en el estudio y conocimiento de la actividad penitenciaria en sus distintas vertientes.

Para finalizar, quiero agradecer el esfuerzo del trabajo de la Central Penitenciaria de Observación en el desarrollo de sus cometidos; en particular quiero hacerlo a la autora de la presente Edición, Marta Jiménez López, y a Vicente Fernández Fernández, encargado de los trabajos de preparación de la publicación, haciendo extensivo este agradecimiento a los distintos profesionales de los Centros penitenciarios, que han aportado las resoluciones judiciales que en esta Edición se comentan.

Madrid, 12 de septiembre de 2020



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

SUMARIO

SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo	7
Sumario	13
Comentarios	17
Capítulo I: Acumulación	61
Capítulo II: Clasificación	107
Capítulo III: Comunicaciones	167
Capítulo IV: Libertad Condicional	207
Capítulo V: Libertad Vigilada	247
Capítulo VI: Limitaciones regimentales	283
Capítulo VII: Orden Europea de Detención y Entrega	291
Capítulo VIII: Permisos	359
Capítulo IX: Prisión Provisional	387
Capítulo X: Refundición de condenas	495
Capítulo XI: Régimen disciplinario	507
Capítulo XII: Responsabilidad patrimonial	535
Capítulo XIII: Sanitaria	583
Capítulo XIV: Seguridad Establecimiento	631
Capítulo XV: Trabajo Penitenciario	635
Capítulo XVI: Traslados	651
Capítulo XVII: Otros	689
Índice analítico	743

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

En el pasado año la Central Penitenciaria de Observación ha continuado recopilando aquellas resoluciones judiciales sobre las cuestiones que suscitan mayor interés dentro del ámbito penitenciario.

Como en ediciones anteriores, hemos dividido esta recopilación en áreas temáticas que engloban las principales materias del día a día en nuestro medio. A lo largo de esta compilación el lector encontrará resoluciones en materias tales como acumulación jurídica, clasificación o libertad condicional.

Este año hemos incluido por primera vez un apartado dedicado a la institución de Libertad Vigilada. Aunque se trata de una figura jurídica que ya lleva implementada en nuestro ordenamiento varios años, es en estos momentos en los que encontramos un mayor número de resoluciones acerca de cuestiones relativas a su aplicación y sus efectos, como por ejemplo la sentencia de 6 de marzo de 2019 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que versa entre otros aspectos, sobre el momento procesal oportuno para la determinación del contenido de la libertad vigilada o el auto de la Audiencia Provincial de Santander del once de noviembre de 2019 que suspende el cumplimiento de la libertad vigilada al haberse producido el ingreso en prisión por una nueva causa.

Asimismo, hemos querido dar entrada en esta compilación a resoluciones emanadas de autoridades judiciales de carácter europeo, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelven importantes cuestiones en relación a la materia de acumulación jurídica, traslados u Órdenes Europeas de Detención y Entrega. Concretamente en este apartado nos encontraremos con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de julio de 2019 que aborda la cuestión de la negativa de Bélgica a ejecutar una Orden Europea de Detención y Entrega emitida por España así como la sentencia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre que en el marco de una cuestión prejudicial establece los criterios a los que se debe atender en materia de condiciones de reclusión para garantizar los derechos del detenido.

Siguen teniendo presencia en esta Jurisprudencia Penitenciaria resoluciones de nuestras más relevantes autoridades judiciales, como el Tribunal Supremo cuyas decisiones están muy presentes en la mayor parte de los capítulos de esta recopilación. Destacamos aquí la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 8 de marzo en la que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de permisos; en concreto, centrándose en el requisito de la observancia de buena conducta para la concesión de los mismos y su relación con la cancelación de las sanciones existentes.

En el caso del Tribunal Constitucional tendremos ocasión de analizar la sentencia de fecha 19 de junio en la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad en relación a alguna de las disposiciones contenidas en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No perdemos de vista aquellas materias que forman parte de la labor de los profesionales de los centros penitenciarios en su día a día. Por ello, el lector podrá encontrar numerosas resoluciones en materia de clasificación, comunicaciones o régimen disciplinario emanadas de los distintos juzgados de vigilancia penitenciaria. Precisamente respecto a esta última materia destacamos, por ejemplo, el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 28 de febrero en el que estima el recurso interpuesto contra el acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria al considerar que realizar pintadas en el techo de la celda no constituye la infracción tipificada en el artículo 109 i) del Reglamento Penitenciario de 1981.

Como en ediciones anteriores hemos confeccionado un capítulo bajo la rúbrica de “Otros” en las que incluimos resoluciones de muy diversa índole que no tienen un encaje claro en otros apartados de la recopilación. Destacamos la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 10 de octubre en la que se determina que no ha lugar a la declaración de extemporaneidad de un recurso interpuesto por el interno al considerar que la notificación no fue efectuada de forma personal y directa o el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Almería de 10 de septiembre en

el que se desestima la petición de una interna de conceder una entrevista a medios audiovisuales.

Procedemos a continuación al desglose por cada una de las materias.

ACUMULACIÓN

Comenzamos este apartado con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de noviembre del 2019. En ella se aborda una cuestión recurrente en los últimos años: la posibilidad de incluir en la acumulación jurídica penas impuestas y cumplidas en otro Estado miembro de la Unión Europea. El Tribunal Europeo analiza en su resolución dos cuestiones claramente diferenciadas. Por un lado, se detiene en examinar si se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al haber declarado el Tribunal Constitucional la inadmisibilidad de los recursos de amparo promovidos por los demandantes. El Tribunal Constitucional considera que no se han agotado los recursos previstos en el ordenamiento interno español, puesto que no se había interpuesto previamente un incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo. No obstante, el Tribunal Europeo entiende que dados los antecedentes en otros casos similares en los que los incidentes de nulidad fueron declarados inadmisibles y al haber presentado ya ante el Tribunal Supremo las alegaciones concernientes a la presunta vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, los demandantes podían prever que ese incidente de nulidad previo a la interposición del recurso de amparo estaba destinado a “fracasar”. Considera por tanto, que los demandantes adolecían de la seguridad jurídica respecto a su derecho a recurrir en amparo vulnerando así el mencionado artículo 6.1.

Entrando ya en el fondo de la cuestión en relación a la posibilidad de tener en cuenta penas impuestas y ejecutadas en Francia a la hora de establecer el límite máximo de cumplimiento, señala el Tribunal que cuando cometieron los delitos y se adoptaron las correspondientes resoluciones de acumulación, nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba la posibilidad de incluir en la misma, penas cumplidas en otro Estado, por lo que no pudieron prever razonablemente que dichas penas se tendrían en cuenta en la limitación de 30 años prevista por la legislación española, desestimando así la demanda en cuanto a la vulneración del artículo 7 del Convenio. Respecto a la presunta vulneración del artículo 5.1 del Convenio, los de-

mandantes alegan que su privación de libertad se prolongó debido a la aplicación retroactiva de una ley que les era desfavorable. Reiteran que la no inclusión en la acumulación de las penas cumplidas en Francia supuso una privación de libertad más allá de los límites máximos establecidos por la legislación española. El Tribunal Europeo considera que las resoluciones impugnadas no modifican la determinación de la pena máxima y dado que la legislación española no preveía en el momento de dictar la resolución de la acumulación que se pudieran tener en cuenta las penas impuestas en Francia, la privación de libertad de los demandantes no puede calificarse de “imprevisible” por lo que también desestima la demanda por falta manifiesta de fundamento.

Continuamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2019 en la que se estima el recurso de casación y se declara la nulidad de auto de acumulación. El auto en cuestión no contempla datos fundamentales para la fijación del límite máximo de cumplimiento. Recuerda el Alto Tribunal que en la redacción del auto de acumulación deben figurar los datos relativos a las ejecutorias objeto de estudio, con la correspondiente fecha de la sentencia y de los hechos enjuiciados así como las penas impuestas en cada caso. El auto objeto de recurso únicamente relaciona las causas objetos de acumulación excluyendo las demás, no habiéndose aportado tampoco los testimonios de las mismas al parecer por “indebidas omisiones en la información facilitada por la Administración Penitenciaria”.

CLASIFICACIÓN

Comenzamos capítulo haciendo mención a la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre por la que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina. Aunque en esta resolución se mencionan otros aspectos relativos a materia de clasificación, queremos detenernos especialmente en el análisis realizado por el Tribunal del mecanismo jurídico previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

La controversia radica en que el recurrente alega que en las resoluciones impugnadas se afirma que no es posible la aplicación del principio de flexibilidad sin una propuesta previa del Equipo Técnico mientras que en las resoluciones de contraste se procedió a su aplicación sin que existiera esa propuesta previa. Sin embargo, el Alto Tribunal, en su análisis, entien-

de que en los autos de contraste no se aplica un programa de tratamiento específico sino que estamos ante un sistema mixto de cumplimiento en el que permaneciendo el penado clasificado en segundo grado, se aplican elementos propios del régimen de semilibertad.

Sin embargo, en el auto impugnado se hacen constar circunstancias que a juicio del tribunal desaconsejan la aplicación del “sistema mixto” a diferencia de lo que se puede observar en los autos de contraste, donde por ejemplo, uno de los datos que se ponen de relieve es el tiempo de condena ya cumplido. En el auto impugnado el Tribunal considera que no dispone de los datos necesarios para la aplicación de ese sistema mixto dado que el penado se encuentra en un estadio inicial del cumplimiento de la pena, todo ello añadido a la imposibilidad de pronunciarse acerca de un programa específico hasta el momento inexistente.

Concluye que no se aprecia discrepancia entre lo contenido en los autos de contraste y el auto impugnado acerca de la necesidad de la propuesta previa del Equipo Técnico para “la implantación de un modelo de ejecución basado en un programa específico de tratamiento”. La principal diferencia entre las resoluciones radica en que en el caso del auto impugnado no ha transcurrido el tiempo necesario para la adopción de una resolución en distinto sentido.

Continuamos este apartado comentando el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de febrero. El tribunal desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 11 de Andalucía que a su vez, estimaba el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en al que se acordaba la progresión a tercer grado del interno según lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario.

En este supuesto el interno fue condenado por la comisión de un delito de maltrato habitual, dos delitos de asesinato en grado de tentativa, un delito de quebrantamiento de medida cautelar y un delito de incendio imponiéndosele una pena de 34 años de prisión. Según informes del centro penitenciario, no consta que haya asumido su responsabilidad frente al delito ni que haya abonado la responsabilidad civil impuesta.

El interno padece diversas patologías crónicas y según informe forense, su pronóstico vital es desfavorable a medio plazo al requerir asistencia importante y atención médica frecuente, pero puntualiza que el tratamiento

prescrito para sus patologías se puede llevar a cabo de forma adecuada en el centro penitenciario y que “su estancia en el mismo no implica el acortamiento de la esperanza de vida del interno”.

Continúa el auto incidiendo en que para la progresión a tercer grado en la modalidad prevista en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, es necesario tener en cuenta la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad de penado. En este caso considera la Audiencia que no concurre este requisito puesto que aunque su capacidad delictiva se encuentra limitada por sus patologías, no ha desaparecido; únicamente se encuentra mermada.

Por todo ello desestima el recurso sin perjuicio de que ante un agravamiento de sus patologías pueda estudiarse de nuevo la posibilidad de progresión a tercer grado.

Continuamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva de 18 de marzo. Partimos del siguiente supuesto de hecho: La Junta de Tratamiento propone la regresión a segundo grado del interno por el mal uso del régimen abierto al haber cometido delito durante el mismo. No obstante, el Centro Directivo resuelve la clasificación en segundo grado con la aplicación del principio de flexibilidad previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. La juzgadora considera inadecuada la aplicación de este precepto al no constar propuesta previa por parte de la Junta de Tratamiento, no constando por tanto modelo de ejecución alguno ni razones excepcionales que justifiquen la aplicación del principio de flexibilidad. Concluye que hay otros mecanismos previstos en nuestra legislación para posibilitar la realización de las actividades encuadradas dentro del programa de tratamiento del interno. En este caso concreto, para posibilitar su asistencia a la autoescuela que aunque se considera relevante dado el tipo de delito cometido en tercer grado (delito contra la seguridad vial), entiende que podría haberse acudido al instrumento previsto en el artículo 117 del Reglamento Penitenciario por lo que procede a no aprobar el modelo de ejecución propuesto por el CIS de Huelva.

Nos detenemos ahora en el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 20 de marzo. En este caso se trata de la resolución del recurso interpuesto por el interno contra la resolución de mantenimiento en primer grado. La particularidad de este caso reside en que pese a la fundamentación que realiza la Administración de su mantenimiento en régimen cerrado, en la práctica el interno se encuentra en un módulo residencial de

segundo grado para penados reincidentes o inadaptados a los módulos de respeto (aunque sin contacto con estos internos clasificados en el régimen ordinario), saliendo al patio con internos que se encuentran en su mismo grado de clasificación y realizando varias actividades como la asistencia al gimnasio, manualidades y estudios en la UNED. Tanto el Ministerio Fiscal como el magistrado entienden que debe darse un paso más en la flexibilización del régimen de clasificación del interno puesto que de “facto” ya se encuentra ubicado en un módulo para internos de régimen ordinario (medida que se sustenta en la observación directa de la conducta del interno) por debilitación en los factores que motivaron su clasificación en primer grado. Por todo ello, el magistrado procede a estimar parcialmente el recurso, acordando el mantenimiento en primer grado pero con la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

Como se podrá observar, en este apartado que contiene todas aquellas resoluciones referidas al régimen de clasificación de los internos, encontraremos varias cuyo objeto de controversia reside en dilucidar la procedencia o no de la progresión a régimen ordinario de aquellos internos condenados por terrorismo. Mencionamos a continuación una muestra de algunas de ellas.

Primeramente, nos detendremos en el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 20 de marzo y en el auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal sección 1ª) de 22 de junio encontrándose ambos relacionados al tratarse el segundo de la resolución del recurso de apelación interpuesto frente al primero. Expondremos a continuación la cronología de los hechos. Se trata de un interno que se encuentra cumpliendo una pena de 25 años de prisión por la comisión de delitos de secuestro, colaboración con banda armada y atentado a la autoridad. En primer lugar, el interno recurre la resolución de mantenimiento en primer grado adoptada por el Centro Directivo pese a la propuesta de progresión efectuada por la Junta de Tratamiento; recurso que es estimado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria acordando su progresión a segundo grado; resolución frente a la que el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación.

La resolución recurrida acordaba la progresión a segundo grado en base a factores de adaptación tales como la asunción de la responsabilidad delictiva con reconocimiento del dolor causado a las víctimas, sin incidencias regimentales en el último periodo y desempeño de destino en el comedor. No obstante, la resolución de mantenimiento de primer grado adoptada

por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias incidía en factores de inadaptación tales como la asunción de valores delincuenciales, falta de resistencia a estímulos criminógenos y presencia de comportamiento manipulador. Y es en estos últimos en los que se basa la Audiencia Nacional para estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Considera que pese a la existencia de factores positivos continúa manteniendo una fuerte vinculación a los postulados ligados a su actividad delictiva sirviéndose de su comportamiento manipulador para ocultar “la subsistencia de los mismos valores y sentimientos que motivaron su clasificación en primer grado” poniendo todo ello de manifiesto una evolución “no del todo favorable” en su tratamiento. Apoyándose también en resoluciones anteriores de esta misma Sala, recalca que no es equiparable una asunción genérica de responsabilidades con la finalidad de consecución de beneficios penitenciarios con la petición expresa e individualizada de perdón a las víctimas concretas. Considera por tanto, que no se dan las circunstancias necesarias para la progresión de grado al entender que no se han consolidado los factores que permitan valorar una evolución positiva.

Siguiendo esta línea, nos detenemos ahora en el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal sección 1ª de 25 de abril de 2019. En este caso, el tribunal desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que confirmaba la resolución de mantenimiento de primer grado de un interno condenado por delito de terrorismo. Se encontraba cumpliendo una condena de 30 años, habiéndosele aplicado el régimen cerrado desde su ingreso en prisión.

Se encuentra obteniendo redenciones tanto ordinarias como extraordinarias, no constan infracciones disciplinarias desde el 2015 y solicitó en noviembre del 2018 ser incluido en programa específico de tratamiento. Según informe de la psicóloga del centro penitenciario, reconoce el daño causado aunque no habla abiertamente de los hechos cometidos. No consta que haya satisfecho la responsabilidad civil y el pronóstico de reincidencia es muy elevado.

La Sala se remite en su fundamentación a lo argumentado en anteriores resoluciones en supuestos similares: considera que es necesario el transcurso de un tiempo más o menos prolongado para poder valorar la consolidación de factores positivos que permitan la progresión de grado. Puntualizan que efectivamente, el régimen cerrado debe ser transitorio, sí, pero esa transitoriedad debe valorarse desde que se “afiance la nueva situación

de adaptación” no debiendo computarse el anterior periodo de tiempo. Tal y como se ha comentado más arriba, esta resolución hace referencia a la argumentación contenida en otras anteriores emanadas de la misma Sala; sin embargo, hemos querido destacar esta resolución en concreto por el voto particular emitido por uno de los magistrados.

En el mismo considera el magistrado que la Sala ha realizado una lectura errónea de la clasificación penitenciaria arguyendo que el conocido como segundo grado sería el régimen ordinario de cumplimiento de la pena en prisión mientras que la legislación contempla el primer grado como excepcional y reservado para aquellos casos en los que concurra peligrosidad, lo que considera que no se da en el caso concreto objeto de estudio. Entiende que este régimen no puede aplicarse a una “categoría de presos” como son los condenados por delitos de terrorismo. Considera que el auto que nos ocupa no atiende a factores positivos existentes como la inexistencia de nuevas sanciones disciplinarias desde 2015 así como su solicitud de inclusión en los programas de tratamiento. Entiende el magistrado que tampoco concurre aquí el requisito de la peligrosidad del interno argumentando para ello que la organización terrorista ETA cesó su actividad en 2011, disolviéndose en 2018. Los hechos delictivos datan de fechas anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 con lo que desde entonces ha transcurrido un lapso de tiempo importante, lo que según el magistrado no permite elevar un pronóstico de peligrosidad actual para el orden y la convivencia. Por último, hace mención a que debido a todo lo anterior se podrían estar conculcando las Reglas Penitenciarias Europeas que en su artículo 56.3 establecen que medidas como la aplicación de primer grado, deben aplicarse de manera individual y no a grupos de detenidos.

COMUNICACIONES

Comenzamos mencionando el auto de 12 de septiembre de 2019 del Tribunal Supremo en el que se acuerda no admitir el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de febrero de 2019. En dicho auto se desestima recurso de apelación interpuesto por el interno confirmando así la decisión del Centro Penitenciario de Sevilla de denegar una nueva convivencia con su mujer y su hija menor al haberle sido ya concedida una en ese trimestre.

El recurrente en casación alega la contradicción de dicha resolución con otros autos citados como de contraste al haberse autorizado en ellos comunicaciones de convivencia con una periodicidad menor a la trimestral. Sin embargo, el Tribunal Supremo constata que los autos de contraste no fijan una periodicidad mínima mensual de las visitas de convivencia, sino que señalan que éstas han de ser las más posibles siempre teniendo en cuenta las posibilidades y necesidades en cada caso concreto.

Se remite además al hecho de que el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario no hace mención a la frecuencia de las comunicaciones de convivencia. Concluye que el auto recurrido no niega que la periodicidad de este tipo de comunicaciones pueda ser inferior a la trimestral sino que la denegación por parte del Centro Penitenciario se debe a razones que encuentran su justificación en las posibilidades tanto organizativas como materiales del centro.

Continuamos con el auto de 24 de enero de 2019 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el recurso de reforma que a su vez desestima la queja de la denegación de comunicación con un allegado. Los magistrados dedican gran parte de la resolución a la descripción de dos conceptos íntimamente ligados entre sí como son el de “amigo” y “allegado”, considerando que la “afectividad” que ha de estar presente en la consideración de allegado no puede quedar sujeta únicamente a las alegaciones efectuadas por el interno sino que se requiere una cierta acreditación de esta condición que consideran que en el caso del recurrente no se aporta.

No obstante, uno de los magistrados formula un voto particular al considerar que existen suficientes datos que acreditan la condición de allegado de las personas indicadas por el recurrente, puesto que demuestran la antigüedad de la relación, su extensión en el tiempo así como su intensidad, considerando pues, que el recurso debió estimarse y permitir que esas tres personas pudieran acudir a las comunicaciones especiales.

Destacamos a continuación el auto de 23 de enero de 2019 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el que se estima parcialmente la queja interpuesta por el interno autorizándole a mantener una comunicación de convivencia con su hija menor de diez años pese a no estar la progenitora presente al estar divorciados. Dicha decisión se sustenta en el interés superior de la menor; no obstante se establecen una serie de condiciones

para la celebración de la comunicación: tendrá que ser acompañada hasta la sala de vis a vis por la abuela materna o la hermana del interno debiendo permanecer estas últimas fuera de la sala hasta la finalización de la comunicación.

Nos detenemos ahora en el auto de 28 de enero de 2019 del mismo órgano judicial en virtud del cual, estima la queja interpuesta por el interno en relación a la intervención de sus comunicaciones. El acuerdo de intervención de las comunicaciones se tomó esencialmente teniendo en cuenta la pertenencia o relación directa del interno con la organización terrorista ETA y el mantenimiento de los vínculos entre ellos. Sin embargo, en el auto que acuerda la progresión del recurrente a segundo grado se hace constar expresamente que renunció a las acciones violentas reconociendo el daño causado, observando buena conducta. Por lo tanto, las circunstancias que se valoraron cuando se adoptó el acuerdo de intervención no se corresponden con las existentes en la actualidad y la aplicación de esta medida de carácter excepcional no encontraría justificación ni en razones de seguridad ni tampoco en el interés del tratamiento y buen orden del establecimiento.

Asimismo, y siguiendo con la temática de intervención de las comunicaciones, encontramos el auto de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal de 25 de abril de 2019 en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 21 de enero de 2019 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que desestimaba la queja del interno contra la renovación de la intervención de sus comunicaciones.

En primer lugar, la representación procesal del interno alega que la organización terrorista a la que pertenecía se ha disuelto con lo que ya no existiría riesgo para la seguridad del Centro que justificara la intervención de las comunicaciones. Sin embargo, el órgano judicial considera que no puede obviarse que la intervención de las comunicaciones sea la circunstancia que haya podido evitar que los contactos entre el interno y la organización terrorista hayan podido existir. Añade que no consta la desvinculación respecto de la banda terrorista, ni ha mostrado arrepentimiento alguno, por lo que finalmente desestima el recurso anteriormente referido. No obstante uno de los magistrados formula un voto discrepante con el de la mayoría al entender que con los datos arriba indicados no se puede sostener como razonable el riesgo para la seguridad del establecimiento,

recordando que este tipo de medidas no pueden mantenerse de manera indefinida en el tiempo.

Finalizamos este apartado con el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 26 de septiembre. El interno presenta una queja alegando una intervención ilegal de la correspondencia remitida por su abogado. Teniendo sus comunicaciones intervenidas, entre sus pertenencias, en un sobre que se encontraba abierto y cuyo remitente era su abogado se encontraba un escrito redactado en vasco con un nombre en el membrete que no coincidía con el remitente que se hallaba en el sobre.

Razona el magistrado que al estar el sobre abierto, el escrito contenido en él no tenía por qué tratarse del documento remitido por su abogado habiendo podido introducir dentro cualquier otra documentación con ánimo de ocultarlo y por ello se retuvo la carta para que por la oficina de seguridad se comprobase esta circunstancia. Una vez comprobado el registro de entrada de correspondencia no se encontró ninguna carta de entrada con el nombre que constaba en el membrete. No obstante, estudiando la lista de abogados defensores que figuraban respecto al interno, se comprobó que el nombre del membrete coincidía con un profesional que le había visitado como abogado defensor en otro centro penitenciario; por todo lo cual, se aplicó el “beneficio de la duda” y se devolvió el documento al interno sin realizar ningún tipo de intervención respecto al contenido del mismo. Por lo tanto, se desestima la queja interpuesta dado que la Administración Penitenciaria no vulneró derecho alguno del interno con su actuación.

LIBERTAD CONDICIONAL

Inauguramos este apartado mencionando el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Madrid de 20 de febrero por el que se deniega la libertad condicional a un interno que padece un linfoma. El Centro Penitenciario eleva a dicho juzgado propuesta de suspensión de ejecución de la pena con concesión de la libertad condicional en virtud de lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal respecto a un penado que cumple una condena de 15 años por un delito de agresión sexual y que padece un linfoma no Hodgkin. La magistrada considera que en este caso no se cumple con el requisito previsto en el artículo anteriormente mencionado

puesto que considera que no se ha acreditado que padezca una enfermedad grave e incurable. En el informe médico forense se indica que se encuentra en fase de tratamiento quimioterápico y que actualmente presenta un estado de salud aceptable y siendo autónomo para todas las actividades de la vida diaria, mencionando además que el tratamiento indicado se ha estado llevando a cabo en el centro penitenciario estando prácticamente finalizado por lo que en la actualidad no existen contraindicaciones para su permanencia en el centro sin perjuicio de que en un futuro pudiera producirse un empeoramiento de su situación clínica.

La juzgadora concluye que el linfoma no Hodgkin es una enfermedad grave pero no así incurable puesto que la tasa de supervivencia a los cinco años alcanza el 70 %. Añade que no existe un pronóstico de baja peligrosidad dado que se mantiene su capacidad delictiva según el estadio actual de su enfermedad y por tanto deberán atenderse a los criterios que operan con carácter general en la valoración de la concesión de las libertades condicionales. En este caso concreto, como se ha expuesto más arriba, el interno se encuentra cumpliendo una condena por la comisión de un delito de agresión sexual, es reincidente en el mismo tipo delictivo, no ha realizado programa específico de tratamiento y no disfruta habitualmente de permisos. Por lo tanto, al no constar un cambio significativo en estas circunstancias que motive la progresión a un régimen de semilibertad, procede a denegar la libertad condicional.

Continuamos con el auto del mismo juzgado de fecha 26 de febrero de 2019 por el que se deja sin efecto la libertad condicional concedida al amparo de la nueva regulación contenida en la Ley Orgánica 1/2015. En principio, la recepción de una nueva causa penada por hechos anteriores a los correspondientes a las ejecutorias en las que se está disfrutando la libertad condicional no tendría incidencia en la misma. No obstante, este caso presenta una peculiaridad al haberse practicado la acumulación de penas prevista en el artículo 76 que incluye la nueva causa penada junto con aquellas que englobaban la libertad condicional. Esta circunstancia supone para la magistrada “el renacer a la vida jurídica de las causas en libertad condicional” dándose la paradoja de que dichas penas estarían a la vez cumpliéndose (debido a su inclusión en la acumulación) y no cumpliéndose (al estar incluidas en la suspensión de condena con carácter de libertad condicional). Por tanto, procede dejar sin efecto la suspensión prevista en el artículo 90.1 del Código Penal procediéndose a ejecutar todas las causas en

aras al principio jurídico de unidad de ejecución, siendo el siguiente paso la nueva clasificación inicial del interno y en el caso de que se cumplan todos los requisitos previstos en la legislación vigente, se proceda por parte del Junta de Tratamiento a la elevación de nueva propuesta de libertad condicional.

Queremos mencionar también el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra del 26 de febrero. En virtud del mismo se aprueba la libertad condicional del interno con la condición de disfrutarla en su país de residencia (Portugal) según lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario. Su particularidad reside en el hecho de que entre las condiciones impuestas para el disfrute de la libertad condicional, se encuentra la presentación ante los Servicios Sociales de Vigo.

Nos detenemos ahora en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 2019. El objeto de esta resolución radica en dilucidar si el no reingreso tras la revocación de la libertad condicional es constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena. Ya adelantamos que la respuesta a esta cuestión es negativa pero consideramos necesario poner al lector en antecedentes. Al penado en cuestión se le notifica la revocación de la libertad condicional el 12 de diciembre de 2017, habiendo ingresado voluntariamente en prisión el 11 de enero de 2018. La Audiencia considera que no concurren aquí los elementos necesarios para conformar el tipo delictivo previsto en el artículo 468.1 del Código Penal. El órgano judicial argumenta que al encontrarse las causas en libertad condicional, la ejecución de las mismas está suspendida por lo que al tener lugar la revocación de la libertad condicional nos encontraríamos en un momento procesal análogo al anterior a concederse la suspensión. Concluye que ese “reinicio” de la ejecución de la pena no es compatible con la comisión del delito de quebrantamiento de condena, puesto que uno de los elementos del tipo es que la pena esté siendo ejecutada.

Analizamos ahora el auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal sección 1ª) de fecha 18 de octubre de 2018 que resuelve recurso interpuesto frente a la revocación de libertad condicional. El auto objeto de recurso acordó la revocación del beneficio anteriormente mencionado por la comisión de un delito de tenencia ilícita de armas en virtud de sentencia firme. El recurrente alega que el arma en cuestión se halló en un registro domiciliario en el marco de la investigación de un delito de blanqueo de capitales que fue finalmente absuelto. Continúa su alegación puntualizando que el

arma se encuentra registrada a nombre de su suegro que posee la correspondiente licencia. La Audiencia Nacional concluye que al considerarse probados estos hechos no se observa que se haya modificado el pronóstico de reinserción social al entender que la mera posesión del arma no está acompañada de otras circunstancias de las que se pueda deducir una especial peligrosidad del apelante. Por todo ello, deja sin efecto la revocación de la libertad condicional.

Para finalizar este apartado, queremos detenernos en dos resoluciones que debemos comentar conjuntamente. Para poner en antecedentes al lector, informamos que en primer lugar la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Monterroso (Lugo) elevó propuesta de libertad condicional (suspensión de la ejecución de la pena) de uno de sus internos conforme a lo dispuesto en el artículo 91. 3 del Código Penal por considerar que debido a la enfermedad que padecía, el peligro para su vida era patente y estar así acreditado por el pertinente informe médico.

Una vez recibido el correspondiente expediente en el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria se evacúa el trámite de dar traslado del mismo a Fiscalía. El Fiscal, en su escrito pone de manifiesto que desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 la competencia en materia de libertad condicional se distribuye entre los juzgados de vigilancia penitenciaria (en este caso concreto, el juzgado central) y los jueces y tribunales ordinarios. Entiende el Fiscal que esta competencia quedaría distribuida de la siguiente manera: para la concesión de la libertad condicional en los supuestos ordinarios (artículo 90 del Código Penal) y en los supuestos privilegiados previstos para los septuagenarios, la competencia recaería sobre los juzgados de vigilancia. Sin embargo, según el Fiscal, en el caso de peligro patente para la vida, la competencia para su concesión recae sobre el juez o tribunal. Añade además, que en la redacción de este supuesto en el artículo 91.3 del Código Penal se hace mención a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, puntualizando que “como es sabido la suspensión de la pena solo y exclusivamente la puede conceder el juez o tribunal sentenciador”.

Dada cuenta del anterior escrito, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dicta providencia con fecha 16 de diciembre informándose al Centro Penitenciario que la competencia para resolver la libertad condicional prevista en el artículo 91.3 corresponde al tribunal sentenciador.

Al haberse dado traslado del expediente a la Audiencia Nacional, el Fiscal de la misma emite escrito con fecha 17 de diciembre. En primer lugar hace referencia a lo dispuesto en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en la que la competencia para resolver sobre las propuestas de libertad condicional se atribuye a los juzgados de vigilancia penitenciaria. Insiste el Fiscal en que el supuesto previsto en el artículo 91.3 del Código Penal no es una excepción a esta norma siendo el caso de las penas de prisión permanente revisable el único en el que esta competencia recae en el tribunal sentenciador dada la especial naturaleza de dicha pena. Concluye por tanto, que en todos los demás supuestos (incluido el que nos ocupa) es materia competencia de los juzgados de vigilancia penitenciaria.

Dado el contenido del escrito arriba referido, la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, dicta providencia el 23 de diciembre de 2019 acordando remitir testimonio de todo lo anterior al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para que como competente en relación al expediente de libertad condicional resuelva lo procedente.

LIBERTAD VIGILADA

Tal y como adelantábamos en la introducción a estos comentarios, dedicamos por primera vez un capítulo específico a las resoluciones más llamativas sobre la figura de la libertad vigilada.

Comenzamos con la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 6 de marzo. Dejando de lado otras consideraciones y análisis que contienen dicha resolución, nos centraremos en el elemento objeto de nuestro interés: las cuestiones referidas a la libertad vigilada.

En este caso, la juzgadora en primera instancia ha impuesto la medida de libertad vigilada, decretando también su contenido y duración. Y es precisamente aquí donde radica la controversia. Recuerda la Audiencia que la imposición de la medida de libertad vigilada debe hacerse en el momento de dictar sentencia. Sin embargo, la fijación del contenido de la misma debe diferirse al momento posterior al cumplimiento de la pena de prisión impuesta o en su caso, tras la finalización del periodo de suspensión de ejecución de la misma.

Nos detenemos ahora en un conjunto de resoluciones que tienen por objeto la resolución de la problemática derivada de la situación de concurrencia de la medida de libertad vigilada con una nueva causa penada. Como el lector podrá comprobar, para que se pueda analizar en profundidad el asunto que nos ocupa, traemos a colación todas las resoluciones relacionadas que reproducimos en orden cronológico.

En primer lugar nos encontramos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 22 de marzo de 2017 por el que se acuerda elevar al tribunal sentenciador (Audiencia Provincial de Santander) propuesta concretando el contenido de la libertad vigilada: obligación de seguimiento psicológico cada dos meses en el Centro de Inserción Social, obligación de presentación mensual ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, prohibición de acercarse a centros escolares así como la prohibición de ausentarse de su domicilio en el que reside sin autorización judicial. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Santander dicta auto el 8 de mayo de ese mismo año modificando parte de la propuesta realizada en el sentido de que el penado deberá comunicar la ausencia de su domicilio con una antelación mínima de diez días hábiles entendiéndose autorizado si no existe decisión judicial en contrario en el plazo de los cuatro días siguientes a la comunicación. En esta misma resolución, recuerda la Audiencia que es al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al que corresponde el control del cumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco de la libertad vigilada.

Posteriormente, encontraremos resoluciones en las que la Audiencia Provincial de Santander atiende la solicitud de modificación de alguna de las medidas a propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, llegando con los siguientes autos a la cuestión controvertida.

El 17 de octubre de 2017 se dicta sentencia condenatoria contra el penado por la comisión de un delito leve de hurto, lo que es comunicado por parte del centro penitenciario al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria; éste dicta auto el 6 de noviembre en virtud del cual, y considerando que el delito leve por el que resulta condenado no está relacionado con los delitos a los que se refiere el procedimiento por el que está sometido a libertad vigilada, propone al tribunal sentenciador el mantenimiento de la libertad vigilada con las medidas referidas en las resoluciones anteriores. Dicha propuesta es ratificada por la Audiencia Provincial mediante auto de 5 de diciembre.

Posteriormente, y a la vista de que el penado sometido a la medida de libertad vigilada ingresa nuevamente en el centro penitenciario el 28 de julio de 2018 en condición de preventivo por la presunta comisión de un delito de abuso sexual, la Audiencia Provincial en virtud de auto de 11 de octubre de 2018 acuerda el mantenimiento de las medidas que configuraban la libertad vigilada añadiendo además, la colocación de un dispositivo telemático de control que posibilite el seguimiento de los movimientos del sujeto una vez se produzca su salida en libertad.

En última instancia es condenado a la pena de cuatro años de prisión en virtud de sentencia de ocho de febrero de 2019, a la espera de resolución del recurso de casación interpuesto. Y es aquí donde llegamos a la cuestión que queremos destacar y por la que hemos incluido estas resoluciones en nuestra recopilación: la concurrencia de esta nueva situación con la medida de libertad vigilada impuesta en otra causa.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander en su auto de 22 de octubre de 2019 eleva propuesta al tribunal sentenciador de suspensión de la medida de libertad vigilada por considerar que la libertad vigilada únicamente es ejecutable cuando el sujeto se encuentre en libertad; libertad de la que en este momento se encuentra privado al ostentar la condición de preventivo a la espera de resolución del recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria.

Entre esta propuesta del juzgado y la resolución por parte de la Audiencia Provincial de la misma, la sentencia condenatoria a la que nos hemos estado refiriendo adquiere firmeza al haberse resuelto el recurso de casación. Por lo tanto, la Audiencia Provincial dicta auto el 11 de noviembre de 2019 por el que acuerda suspender el cumplimiento de la libertad vigilada mientras dure el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Por último y para finalizar con este apartado, queremos destacar el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Lugo de fecha 10 de diciembre. En dicha resolución se pone de manifiesto que la competencia para el seguimiento y control de la libertad de vigilada impuesta recaerá en el juzgado de vigilancia penitenciaria correspondiente al lugar de residencia del sujeto a la misma, aunque el expediente de dicha medida haya sido incoado en un juzgado de vigilancia diferente.

LIMITACIONES REGIMENTALES

En este capítulo encontraremos dos resoluciones. Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de enero de 2019 que resuelve el recurso interpuesto contra el auto del juzgado de vigilancia penitenciaria declarando ajustado a derecho la aplicación de las limitaciones regimentales previstas en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario. Dichas limitaciones se aplicaron al encontrarse en poder del interno una bellota de hachís lo que tuvo como consecuencia la incoación del correspondiente expediente disciplinario. Todo ello unido además a la coincidencia temporal de la comunicación familiar de la que disfrutó este interno con el hallazgo posterior de la mencionada sustancia prohibida así como con el traslado de urgencia al hospital de otro interno del mismo módulo por sobredosis de sustancias tóxicas. La Audiencia desestima el recurso puesto que considera que la medida duró únicamente un día siendo concordante con los datos que se conocían en el momento de su adopción, considerándola correcta para mantener el orden y la seguridad del establecimiento. Entiende además que el contenido de la medida fue proporcional a la situación dado que únicamente se limitó a mantener al interno en el módulo de ingresos restringiendo sus salidas al patio y con acompañamiento de otros internos considerando por tanto que la aplicación de la limitación regimental fue ajustada a derecho.

En sentido contrario encontramos el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva de 21 de junio de 2019. Dicho órgano judicial considera no ajustado a derecho el mantenimiento de las medidas contenidas en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario una vez que se dictó resolución de mantenimiento en segundo grado respecto al interno el 30 de mayo de 2019 mientras que las limitaciones regimentales se mantuvieron hasta el 3 de junio. Considera que el mismo día que se dictó la resolución que mantenía su clasificación debería haberse cambiado al interno de módulo. Además el juzgado de vigilancia va más allá declarando que con carácter general se debe “proceder al cese inmediato de las limitaciones regimentales en todos los supuestos en que por Junta de Tratamiento o por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social se acuerde la continuidad en segundo grado de internos a los que se les hayan aplicado limitaciones regimentales del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario”.

ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Este capítulo contiene dos resoluciones; ambas dictadas en el ámbito de tribunales europeos.

Comenzamos con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trata del estudio de una demanda interpuesta contra el Reino de Bélgica por cinco ciudadanos españoles.

Ponemos en antecedentes al lector: los demandantes son hijos de un teniente coronel asesinado en 1981 por un comando que afirmaba pertenecer a la organización terrorista ETA. Un presunto miembro del comando es sospechosa de haberle disparado a quemarropa. En mayo de 2007 todos los miembros del comando fueron condenados por tribunales españoles a excepción de la persona mencionada más arriba, que huyó a Bélgica tras los hechos acaecidos en 1981.

En 2004 y 2005 se dictaron sendas órdenes de detención y entrega por parte de jueces españoles con el objeto de proseguir con los procedimientos por los delitos cometidos en 1981, asesinato y terrorismo, entre otros.

La implicada fue detenida en virtud de auto del Juzgado de Instrucción de Gante en octubre de 2013, decretándose las Ordenes Europeas de Detención y Entrega ejecutables. Dicha decisión fue recurrida por la detenida alegando la prescripción de la acción pública con arreglo a lo dispuesto en la legislación belga así como que la ejecución de dichas órdenes supondría la vulneración de sus derechos fundamentales contemplados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

La Sala de Apelación del tribunal belga consideró, entre otras cuestiones que la detenida no estaba siendo procesada en Bélgica por ninguno de los delitos previstos en el artículo 6 del Título Preliminar del código penal belga ni constaba denuncia por parte de un extranjero perjudicado o notificación oficial a las autoridades belgas por parte de las autoridades del país en el que se cometió el delito. Además entiende que los actos punibles debían situarse en el contexto más amplio de la historia política contemporánea española y en el contexto personal de la persona requerida “quien, tras haber participado activamente en el “movimiento armado de resistencia vasca” cuando tenía entre los 20 y los 30 años, se había convertido en una mujer de 55 años, profesionalmente activa que llevaba una vida normal en Gante”. Añade que atendiendo al informe del Comité Europeo para la

Prevención de la Tortura sobre la visita realizada a España el 13 de julio de 2011 considera que existen razones fundadas para creer que la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega infringiría los derechos regulados en el artículo 6 del Tratado de la UE; por todo ello decidió la puesta en libertad de la detenida.

Aunque existen otras vicisitudes procesales que el lector podrá observar al estudiar la resolución, nos centramos ya en el fondo de la cuestión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la negativa a ejecutar la Orden Europea de Detención y Entrega por parte de las autoridades belgas. Los demandantes (hijos de la víctima del atentado terrorista) alegan que la negativa a ejecutar las órdenes de detención y entrega es injustificada e irrazonable. Consideran que aunque los tribunales belgas estimaran que hubiera podido existir vulneración de los derechos fundamentales de la detenida, deberían haber realizado un análisis individualizado del supuesto en cuestión examinando el concreto impacto que hubiera tenido sobre la detenida, solicitando información a España acerca de las condiciones concretas de la misma dando así la posibilidad al Estado español de ofrecer las garantías necesarias de que no iba ser objeto de tratos inhumanos o degradantes. Concluyen que las razones de los tribunales belgas para rechazar la entrega son de tipo político y no jurídico.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que los tribunales belgas han dado una respuesta suficientemente motivada y justificada jurídicamente. El Alto Tribunal entiende que el riesgo de existencia de un trato inhumano y degradante justificaría la denegación de la ejecución de la entrega. No obstante, la determinación de ese riesgo debe basarse en pruebas objetivas. Considera que la Sala de Apelación del tribunal belga se ha remitido en especial a un informe del 2011 elaborado por el Comité para la Prevención de la Tortura. Sin embargo, no ha intentado identificar un riesgo real e individualizable de los derechos de la detenida o de “carencias estructurales en las condiciones de detención en España”. Tiene en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos además la ejecución de muchas Órdenes Europeas de Detención y Entrega de presuntos miembros de ETA sin que los países en los que se ejecutan hayan apreciado riesgo de vulneración de derechos. Entiende que las autoridades belgas deberían haber pedido información complementaria sobre la aplicación del régimen de detención y concluye que Bélgica incumplió su deber de cooperar en el marco procesal resaltando la insuficiencia de base fáctica para rechazar la

entrega. Por consiguiente, considera vulnerado el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos condenando al Estado belga a abonar una indemnización a los demandantes en concepto de daños morales por la angustia sufrida por la imposibilidad de enjuiciar a la presunta autora del asesinato de su padre.

La segunda resolución contenida en este capítulo emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y data del 15 de octubre de 2019. La misma tiene por objeto la resolución de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en relación a ciertas cuestiones sobre la Decisión Marco 2002/584; en concreto, sobre si cabe exigir unas condiciones mínimas de reclusión a la hora de ejecutar una Orden Europea de Detención y Entrega: dimensiones de la celda, espacio por persona, horarios de apertura...

Todo ello de cara a determinar si la entrega del detenido al Estado emisor supondría un riesgo de que sufriera trato inhumano y degradante. El tribunal alemán se pregunta si dicho control debe ser completo o limitarse únicamente a los casos de deficiencias manifiestas en las condiciones arriba referidas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que el control que debe efectuar el Estado ha de basarse en una evaluación global de las condiciones de reclusión siendo necesario ir más allá de un mero control de la existencia de deficiencias manifiestas.

Continúa el tribunal exponiendo que, teniendo en cuenta el principio de confianza recíproca que inspira todo el sistema europeo, las autoridades del estado de ejecución únicamente están obligadas al estudio de las condiciones en los establecimientos penitenciarios en concreto en los que se prevea que se va a destinar a la persona cuya entrega es objeto de la Orden Europea de Detención y Entrega.

De este modo, cuando el Estado emisor ofrezca la información necesaria que garantice que el detenido no será objeto de trato inhumano y degradante, el estado de ejecución de la orden deberá confiar en esta garantía salvo que se corrobore la existencia de algún dato concreto del que se infiera que las condiciones de encarcelamiento vulnerarían lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales. En lo que se refiere a cuestiones concretas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que en el caso de que el espacio personal del que disponga un recluso en una celda colectiva sea inferior a 3 metros cuadrados, esto supone una fuerte presunción de violación del artículo 3 del Convenio Europeo

de Derechos Humanos que únicamente podrá refutarse si esa reducción del espacio personal es “breve, ocasional y de escasa importancia” así como si va acompañada de una libertad de circulación suficiente fuera de la celda así como de la realización de actividades adecuadas fuera de ellas. Matiza que cuando el recluso cuenta con un espacio personal de más de 4 metros cuadrados hay que atender a otra serie de circunstancias pertinentes para apreciar si las condiciones de reclusión son adecuadas: acceso al aire y luz naturales, la calidad de ventilación o la intimidad en los aseos así como las condiciones higiénicas y sanitarias.

Resulta también de sumo interés la puntualización que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al establecer que el Estado miembro de ejecución únicamente puede supeditar la entrega al Estado emisor a la satisfacción de estas exigencias mínimas en las condiciones de reclusión y “no a la satisfacción de las que resulten de su Derecho nacional”. Finaliza la argumentación añadiendo que no es suficiente para descartar un riesgo de trato degradante la existencia en el estado emisor de vías de recurso para impugnar sus condiciones de reclusión.

PERMISOS

Inauguramos capítulo con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de marzo que tiene por objeto la resolución de un recurso de casación para unificación de doctrina. Los antecedentes de hecho son los siguientes:

El Juzgado de Vigilancia número 3 de Madrid desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento por el que denegaba la concesión de un permiso ordinario basando su decisión en la no concurrencia del requisito de ausencia de mala conducta, al contar el penado con una sanción grave que cancelaría el 25 de enero de 2018. Posteriormente, la sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, el 2 de febrero de 2018, estima el recurso de apelación interpuesto frente al auto anteriormente mencionado y concede el permiso solicitado al estar cancelada la sanción antes descrita. Frente a esta última resolución el Ministerio Fiscal interpone el correspondiente recurso de casación para unificación de doctrina entendiéndose vulnerados los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario. El Ministerio Fiscal en

sus resoluciones de contraste aporta autos de la Audiencia Provincial en las que había referido su análisis en la instancia de apelación a si en el momento de dictar la resolución impugnada concurrían los requisitos objetivos previstos en nuestra legislación para la concesión de permisos de salida mientras que en la resolución impugnada en el caso concreto, se procedió de manera opuesta analizando si concurrían esas exigencias en el momento de resolución del recurso.

El Ministerio Público entiende que uno de los requisitos para la concesión de un permiso ordinario de salida se manifiesta de manera objetiva en la no existencia de un expediente disciplinario activo añadiendo que “el mero transcurso del tiempo necesario para su cancelación no es una incidencia sobrevenida y relevante para que el órgano decisorio en apelación pueda revocar la denegación de un permiso”, por lo que reclama una unificación de doctrina en materia penitenciaria en relación a estos aspectos:

1.- Sobre el requisito consistente en no observar mala conducta se está contemplando en una doble vertiente; una de carácter subjetivo referida a la implicación del interno en su tratamiento y otra de forma objetiva manifestada en la ausencia de expedientes disciplinarios activos, debiendo converger ambas para poder entender cumplido este requisito.

2.- Este requisito únicamente podrá comprobarse en el momento de la toma de decisión por parte de la Junta de Tratamiento siendo irrelevante la cancelación de las sanciones por el mero transcurso del plazo legal previsto entre la adopción del acuerdo y el recurso interpuesto.

3.- No obstante, las recompensas previstas legalmente que pudieran tener efectos cancelatorios, surtirán plenos efectos y cualquier incidencia en relación al requisito de buena conducta acaecida entre la toma del acuerdo de la Junta y el recurso que pudiera alterar dicha exigencia deberá constar en el correspondiente expediente y ser sometida a contradicción de las partes.

La Sala del Tribunal Supremo considera que es fundamental establecer una diferenciación clara entre el concepto de régimen y de tratamiento penitenciario que no presentan objetivos coincidentes. El régimen disciplinario se dirige a garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento mientras que el tratamiento tiene una función exclusivamente resocializadora dentro del cual se enmarcarían los beneficios y permisos penitenciarios como elementos operativos para la consecución de los fines del

tratamiento. Arguye el Alto Tribunal que considerar que cualquiera que sea la entidad de la sanción disciplinaria tendrá los mismos efectos sobre un elemento fundamental del tratamiento como son los permisos, confrontaría con la necesidad de que el tratamiento se adapte de manera individualizada al momento y circunstancias de la trayectoria del interno en cada momento. Continúa argumentando que los elementos que operan en el tratamiento del penado no pueden aplicarse de manera automática sino que se deben tener en cuenta otros importantes factores como son el tiempo pendiente de cumplimiento o el esfuerzo del interno en el desarrollo de su programa de tratamiento. Por tanto, considera que la interpretación que realiza el Ministerio Fiscal en su recurso llevaría inevitablemente a excluir la posibilidad de concesión de permisos hasta transcurridos los plazos previstos en el artículo 230 del Reglamento Penitenciario, así como la autorización de salidas programadas.

En relación a la segunda y tercera cuestión planteadas por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo se remite a resoluciones anteriores en las que ya establecía que el recurso de apelación debe circunscribirse al mismo objeto que la resolución impugnada puesto que de lo contrario se desvirtuaría el conocimiento del litigio en segunda instancia. No obstante, puntualiza que en materia de vigilancia penitenciaria y atendiendo al cometido institucional de tratamiento de los internos es necesaria una razonable flexibilización para no volverse en contra de este objetivo. Por ello, no debe olvidarse que aunque en la instancia de apelación se está valorando la regularidad formal del acto administrativo, asimismo se está incidiendo en el ámbito de ejecución de una sentencia condenatoria, por lo que necesariamente, en ocasiones será necesaria la consideración de circunstancias sobrevenidas de las que no se pueda prescindir sin provocar la extemporaneidad del propio recurso o la pérdida de su objeto. Para que esta situación pueda darse es necesario tanto que la cuestión revista tal importancia que haga imprescindible su examen, como el contar con todos los datos y documentación al respecto. Vuelve aquí el Alto Tribunal a remitirse a una resolución anterior en la que establecía que “en la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de éste; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión, estas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla”.

Por tanto, concluye que el recurso de apelación debe ceñirse a los datos existentes en la fecha en que se tomó la decisión impugnada (realiza aquí una analogía con el hecho de tener cumplida la cuarta parte de la condena-requisito ineludible para la concesión de un permiso ordinario- como con la fecha de la cancelación de las sanciones disciplinarias) por carecer estas circunstancias concretas de una naturaleza excepcional que justifique la consideración de su estudio en el recurso de apelación.

Por último considera que la valoración de la conducta para la concesión de permisos ordinarios es de “completa apreciación subjetiva” por la argumentación descrita durante la resolución, aquellas variaciones diferentes al mero transcurso del tiempo para los plazos de cancelación de las sanciones que tengan lugar tras el acuerdo de la Junta de Tratamiento y que puedan influir en este requisito deberán documentarse adecuadamente y ser sometida a la contradicción de las partes.

Destacamos ahora el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena de dos de diciembre. En él se estima la queja del interno estableciendo que el plazo máximo para el estudio de las solicitudes de permiso de los internos es de tres meses (con independencia de si han disfrutado o no los permisos anteriores) recordando a la Administración Penitenciaria que en el caso de producirse incidencias en el transcurso de tiempo entre el disfrute de permisos debe utilizar el instrumento previsto en el artículo 157 del Reglamento Penitenciario (suspensión provisional de los mismos).

Por último queremos mencionar el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 16 de diciembre. En este caso, el Juzgado de Instrucción número 3 de Soria declaró su falta de competencia objetiva para conocer del recurso interpuesto por un preso preventivo frente al acuerdo denegatorio de la Junta de Tratamiento de concesión de un permiso extraordinario, recibéndose por tanto el procedimiento en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

El Juzgado de Instrucción se apoya en lo dispuesto en el artículo 161 del Reglamento Penitenciario para declarar su incompetencia considerando al Juzgado de Vigilancia competente para conocer de las quejas interpuestas por el interno ante la denegación por parte de la Junta de Tratamiento. Sin embargo, el Juzgado de Vigilancia hace mención a lo dispuesto en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en el que se atribuye la competencia a los juzgados de vigilancia penitenciaria para “acordar lo

que proceda sobre las peticiones y quejas de los internos formulen en relación al régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos”. Sin embargo, se remite además a varias resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional en las que se establece que los permisos no son derechos, ni subjetivos ni fundamentales, sino un elemento más del tratamiento penitenciario. Partiendo de esta premisa y en interpretación conjunta de los artículos 161 y 162 del Reglamento Penitenciario se considera que un preso preventivo no puede disfrutar de un permiso extraordinario sin la autorización correspondiente de la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre, por lo que procede rechazar la inhibición de competencia acordada por el Juzgado de Instrucción.

PRISIÓN PROVISIONAL

Comenzamos capítulo con la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de junio que resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el propio Pleno de este Tribunal en relación con los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “por inexistencia del hecho imputado” o “por esta misma causa”. Recordemos que dicho precepto contempla el derecho a indemnización de aquellos sujetos que hayan sufrido prisión preventiva siendo con posterioridad absueltos habiendo sido dictado auto de sobreseimiento libre y se le hayan irrogado perjuicios. Ya adelantamos que la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional no es unánime, puesto que tres de los magistrados emiten voto particular discrepando de la opinión mayoritaria que será la que aquí analicemos.

Se trata de dilucidar si es acorde a nuestra Carta Magna el hecho de vincular el derecho a la indemnización por haber sufrido prisión preventiva únicamente a aquellos casos en los que la resolución declara la inexistencia del hecho imputado inicialmente. En el auto en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad se considera que los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial anteriormente mencionados podrían vulnerar los derechos a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española) a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española) por considerar que al limitar el derecho a la indemnización únicamente al su-

puesto de inexistencia del hecho imputado podría dejar fuera otros supuestos que igualmente debieran de ser indemnizados con arreglo a las exigencias constitucionales para privar cautelarmente a una persona de libertad “introduciendo diferencias irrazonables de trato” según los motivos de la absolución “que irremediablemente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal”.

En relación a la colisión con el derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, para el Tribunal Constitucional no resulta comprensible limitar los supuestos indemnizables a aquellos casos en los que la absolución se haya producido por la inexistencia del hecho imputado. Considera que los otros motivos que pueden abocar a la absolución, como por ejemplo la atipicidad del hecho, la ausencia de conexión de autoría y participación o la concurrencia de alguna de las eximentes contempladas en nuestra legislación no pueden hacer decaer “la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad”.

En cuanto a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española) considera que una vez reconocido el derecho a ser indemnizado, éste al hacerse de forma selectiva (tal y como contemplan los incisos objeto de esta cuestión) pueden suscitar dudas sobre la inocencia del procesado no condenado. El Tribunal Constitucional se remite aquí a la interpretación que el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo en relación al artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Argumenta además que el artículo 24.2 de la Constitución Española no permite distinguir entre absoluciones o sobreseimientos por prueba de la inocencia y por aplicación del principio de presunción de inocencia.

Por todo ello y tras una larga y prolífica fundamentación por parte del Tribunal Constitucional (tal y como podrá apreciar el lector tras la lectura en profundidad de la resolución) se estima la cuestión interna de inconstitucionalidad declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos mencionados.

Como decíamos al comienzo existen dos votos particulares emitidos por tres de los magistrados discrepantes con la opinión mayoritaria, pues consideran que dichos incisos no son contrarios al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la de la Constitución Española, sino que esa distinción recogida entre los distintos supuestos que dan lugar a la absolución tiene su fundamento en la facultad discrecional del legislador que ha

considerado más gravoso, y por tanto, con derecho a indemnización aquellos casos en los que la absolución se produce por la inexistencia del hecho imputado respecto a otros supuestos. Asimismo, consideran que tampoco existe vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Carta Magna, puesto que remitiéndose a doctrina del Tribunal Supremo lo dispuesto en estos incisos “solamente impone constatar si el hecho imputado se ha producido o no, o si era o no típico, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta del reclamante”. Ponen de relieve la necesaria distinción que ha de realizarse entre los presupuestos que han de darse dentro del procedimiento penal para declarar la absolución y que encuentran su raíz en el principio acusatorio y los presupuestos que sirven para sustentar la reclamación patrimonial del Estado aduciendo que no tienen por qué coincidir ambos al no sustentarse la reclamación patrimonial únicamente en la existencia de un pronunciamiento absolutorio.

La segunda resolución contenida en este capítulo es la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 de noviembre por la que se unifica doctrina en materia de abono de prisión preventiva adoptada en otra causa que aún halla en tramitación. El Tribunal Supremo considera que dicho abono no es posible puesto que se atribuye al Tribunal Sentenciador la competencia para el abono en su totalidad del tiempo de prisión provisional sufrido en la causa y por lo tanto únicamente el tiempo “sobrante” (si se cumple el requisito temporal) puede ser abonado a otra causa. Entiende el Alto Tribunal que de este modo un abono acordado por el Juez de Vigilancia del tiempo de prisión acordado en causa pendiente supondría el ejercicio de una competencia atribuida originariamente al tribunal sentenciador “y además hacerlo en un momento no tempestivo, pues al no haber recaído sentencia o resolución de sobreseimiento firmes, no es dable la comprobación de falta de abono”.

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

En este apartado queremos destacar el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Zaragoza de 17 de enero de 2019. El supuesto de hecho del que se parte es el siguiente: se emitió una Orden Europea de Detención y Entrega contra un ciudadano rumano motivada por la incoación

de un procedimiento instruido por delito de violación, que posteriormente dimanaría en sentencia condenatoria con su correspondiente ejecutoria.

Las autoridades rumanas entregaron al interno que consintió en la misma pero sin renunciar al principio de especialidad, llegando a España el 13 de mayo de 2015.

En fecha anterior se dictaron dos sentencias condenatorias en otras causas por la comisión de un delito de robo con violencia y un delito de atentado respectivamente. Una vez que estuvo en nuestro país, se practicó liquidación de condena. Con fecha 8 de junio de 2015 se dicta otra sentencia condenatoria por la comisión de un delito de robo con violencia y finalmente se dicta sentencia en relación a la causa objeto de la Orden Europea de Detención y Entrega que condenaba al interno por la comisión de un delito de violación.

El interno alega que al no haber renunciado al principio de especialidad, únicamente debería cumplir la última de las condenas (por el delito de violación) objeto de la Orden Europea de Detención y Entrega y única causa por tanto por la que consintió la entrega a España. El Juzgado de Vigilancia sigue esta misma línea en su decisión y por lo tanto, deja sin efecto la refundición que previamente se había realizado junto con las otras penas contenidas en las demás sentencias condenatorias así como las correspondientes liquidaciones de condenas practicadas respecto a las mismas para la aprobación de una nueva en relación a la causa objeto de la Orden Europea de Detención y Entrega, sin perjuicio de que por los correspondientes órganos judiciales de las ejecutorias excluidas de la refundición pudiese solicitarse autorización a Rumanía.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Destacaremos alguna de las resoluciones contenidas en este capítulo. Comenzamos con el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 28 de febrero. Los antecedentes de hecho son los siguientes: la Comisión Disciplinaria del Centro acuerda imponer dos sanciones graves de 20 días de privación de paseos y actos recreativos comunes por la comisión de dos faltas tipificadas en los artículos 109B y 109E respectivamente, en virtud de expediente disciplinario incoado debido a que en una revisión

de su celda en el departamento de Régimen Cerrado se observa que ha dibujado en el techo lo que parece la bandera del estado islámico junto a unas palabras escritas en árabe. Entiende el magistrado que la calificación realizada por el órgano sancionador del centro penitenciario no es correcta, puesto que la falta grave tipificada en el artículo 109E exige para su aplicación la existencia de una “inutilización” de la dependencia. Considera que este presupuesto no concurre en este caso, únicamente siendo posible encuadrar esta conducta en lo previsto en el artículo 110B y constituyendo por tanto una falta leve de desobediencia sancionando al interno con dos días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Continuamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 9 de julio. En este caso el interno recurre la sanción impuesta consistente en el cumplimiento de cinco días de aislamiento en celda. La clave de este supuesto reside en la alusión que se realiza en los hechos probados del expediente disciplinario al estado de nerviosismo del recurrente, refiriéndose el resto de hechos probados a otro interno. El órgano judicial considera que no se puede sancionar un mero estado de nerviosismo ni tampoco considerarse una desobediencia grave pues no consta ni en la declaración de hechos probados ni en los testimonios de los funcionarios orden o mandato alguno que fuera desobedecido por lo que procede a estimar en su integridad el recurso dejando sin efecto la sanción impuesta.

Por último destacamos el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 10 de diciembre. Al interno recurrente le fue impuesta una sanción grave por considerar que había incurrido en la falta tipificada en el artículo 109B al tener que regresar a las 13:00 horas de un permiso extraordinario, haciéndolo sin embargo a las 17:10 horas. Considera el magistrado que la conducta descrita no tiene encaje legal ni en la falta descrita (desobediencia grave) ni tampoco en la prevista en el artículo 108F (intentar, facilitar o consumir la evasión). Entiende que no estaría tipificada y por lo tanto no puede ser objeto de sanción disciplinaria. Todo ello sin perjuicio de que dicha acción pudiera tener consecuencias negativas en hipotéticos estudios de permiso futuros, además de puntualizar que dicha conducta sí podría ser sancionable en el caso de producirse una reiteración en la misma.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Comenzamos con la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 13 de marzo. Partimos del supuesto de que un interno que se encontraba disfrutando de un permiso penitenciario comete delito siendo condenado, entre otros, por la comisión de un asesinato. El permiso que se encontraba disfrutando en el momento de los hechos fue autorizado por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid en virtud de auto que resolvía el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que a su vez, desestima el recurso de reforma interpuesto contra el acuerdo denegatorio de la Junta de Tratamiento del centro penitenciario. Se formuló por los perjudicados solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial que fue desestimada. El recurso interpuesto frente a esta última es el que nos ocupa ahora.

La resolución denegatoria de la indemnización dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio del Interior argumenta que la Administración Penitenciaria actuó acorde a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico ajustándose la concesión del permiso a los procedimientos legalmente establecidos. Continúa resaltando el hecho de que es indispensable acreditar una relación de causalidad entre el daño y una actuación omisiva o permisiva por parte de los servicios penitenciarios, elemento que considera que en este caso no se puede establecer.

La parte recurrente entiende sin embargo, que por parte de la Administración Penitenciaria se debieron adoptar medidas de seguridad durante el disfrute del permiso asegurándose de su cumplimiento, lo que a su juicio hubiera dificultado o impedido la comisión del delito. Se alega además que se establecieron como medidas a cumplir por el interno durante el disfrute de permiso la presentación diaria ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tutela familiar, no constando el seguimiento de estas medidas. Manifiesta que el día anterior a la comisión de los hechos delictivos, el interno ya incumplió dicha medida no produciéndose reacción alguna por parte del centro penitenciario o por las Fuerzas de Seguridad. Insiste en que es sobre la Administración Penitenciaria sobre la que recae el deber de aseguramiento de que el disfrute de permiso se hará contemplando las condiciones de seguridad necesarias para terceras personas debiendo adoptar las medidas necesarias para ello y asegurarse de su cumplimiento.

El tribunal comienza su argumentación puntualizando que el hecho de que el permiso haya sido concedido por la autoridad judicial no puede hacer desaparecer la relación de sujeción especial que se establece entre el interno y la Administración Penitenciaria y que la misma no desaparece durante el disfrute de permiso, sino que continúa incluso fuera del centro penitenciario.

Considera acreditado según la documentación obrante, que la Junta de Tratamiento era conocedora de que el interno se trataba de un sujeto con un riesgo muy elevado de quebrantamiento de condena y que había cumplido la cuarta parte de su condena recientemente. En el auto de concesión del permiso por parte de la Audiencia Provincial se autoriza el mismo con las medidas que establezca la Junta de Tratamiento que acordó la presentación diaria ante las Fuerzas de Seguridad y la tutela familiar. Considera, que ante la no presentación ante las mismas el día antes de la comisión de los hechos y no haberse realizado por parte del centro penitenciario comprobación o aviso alguno al respecto, queda clara la concurrencia de los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial por parte de la Administración, estimando parcialmente el recurso interpuesto (disiente con el recurrente en cuanto a la fijación del quantum indemnizatorio).

Queremos destacar también la sentencia de 3 de abril dictada por el mismo órgano judicial. En este caso se trata de dilucidar si existe o no responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de un interno que fue encontrado muerto en su celda. Sus familiares presentaron reclamación indemnizatoria que fue desestimada. La resolución impugnada considera que la parte recurrente no ha aportado pruebas fehacientes de que una “supuesta falta de atención médica haya sido la causante del fallecimiento del interno”.

Los recurrentes alegan la existencia de una respuesta incorrecta ante una situación de urgencia así como la desatención médica de los internos durante la noche. Asimismo alegan que los servicios médicos eran conocedores de los problemas cardíacos que padecía su familiar no habilitándose los recursos necesarios para ser atendido en el caso de sufrir crisis cardíacas, habituales en este tipo de patologías.

La Abogacía del Estado aduce que los hechos dieron lugar a la incoación de unas Diligencias Previas que posteriormente fueron sobreseídas y archivadas provisionalmente en las que constaba un informe médico-forense en que se declara que la etiología era la muerte súbita y la causa de fallecimiento el infarto.

El tribunal argumenta que en la jurisprudencia existente al efecto, en el caso de fallecimientos de internos en los centros penitenciarios, para apreciar una responsabilidad patrimonial de la Administración se requiere “la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento”. Puntualiza que no consta acreditado que el interno tuviera problemas cardíacos, es una mera afirmación de la recurrente no probada. El órgano judicial considera que no se aprecia ninguna situación de urgencia en la noche del fallecimiento que indique la inexistencia de una respuesta adecuada por parte de los funcionarios, no registrándose ninguna incidencia en la noche de autos, habiéndose constatado que el interno llevaba una vida normal siendo a la hora del recuento de la mañana cuando se halla el cadáver, no encontrándose en la requisa de la celda ningún indicio de consumo de estupefacientes. Fuera de la detección del riesgo suicida de los internos, ante el comportamiento normal de los mismos no se puede exigir a la Administración “una extrema vigilancia permanente que pueda afectar a los derechos de la persona”. En este caso, concluye que procede la desestimación del recurso al no apreciarse desentendimiento o despreocupación en la asistencia médica recordando que es “descartable la exigencia de un control directo, continuo, permanente y absoluto”.

SANITARIA

Inauguramos capítulo con la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de febrero. En dicha fecha se dictaron dos resoluciones que tenían como objeto la cuestión de dilucidar la Administración a la que corresponde sufragar los gastos derivados de la asistencia sanitaria a los internos de los centros penitenciarios, determinando que esta obligación le correspondía a la Administración Penitenciaria. Dada la similitud de las dos sentencias, se contiene en esta recopilación únicamente la sentencia número 223/2019 puesto que en la misma se hace referencia a la número 222/2019.

En este caso concreto se trata de dirimir a qué administración le corresponde sufragar los gastos derivados de la atención médica dispensada a los internos del Centro Penitenciario Puerto III durante el 2015.

La Sala llega a la conclusión que hemos adelantado previamente al considerar que es a la Administración Penitenciaria a quien corresponde la protección integral de la salud del interno dada la relación de sujeción especial existente entre ellos (artículos 208 y 209 del Reglamento Penitenciario). Asimismo, la resolución pone de manifiesto que no existe ningún precepto normativo que disponga que el coste de la asistencia sanitaria cuando es dispensada a los internos fuera del centro penitenciario por medios ajenos a la institución penitenciaria “deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta dicho servicio”.

Continúa argumentando que los preceptos anteriormente mencionados no permiten realizar distinción alguna entre la asistencia primaria y la especializada para imputar únicamente el coste de la primera al Estado, puesto que son ambas las que constituyen la obligación de la Administración Penitenciaria, pudiendo llevarse a cabo a través de medios propios o concertados.

Esta obligación de la Administración Penitenciaria de asegurar la protección integral de la salud del interno tampoco permite que se impute el coste de la prestación a la Administración Sanitaria por el mero hecho de que el interno goce de los beneficios de la Seguridad Social, sosteniendo el Alto Tribunal de que para que ello fuera posible hubiera sido necesario que se contemplara tal excepción en nuestra normativa, lo que no ha ocurrido.

Debemos detenernos también en el voto particular emitido por uno de los magistrados que disiente de la opinión mayoritaria de la Sala. El fundamento de dicho voto radica principalmente en que para este magistrado, para determinar a qué institución le corresponde sufragar estos gastos sanitarios es necesario atender a si los internos conservan su condición de beneficiarios del Régimen General de Seguridad Social. En este caso considera que los gastos derivados de la asistencia sanitaria deberían correr a cargo del Servicio de Salud andaluz.

A grandes rasgos, este voto particular se fundamenta en lo siguiente: el deber de asistencia sanitaria de los internos afiliados a la Seguridad Social “podrá ser cumplido por la Administración Penitenciaria trasladando a esos internos al correspondiente servicio de salud”, debiendo de correr este gasto a cargo del Servicio Andaluz de Salud.

En el caso de internos no afiliados a la Seguridad Social, la Administración Penitenciaria tendrá la condición de usuario privado indirecto del Sistema Nacional de Salud y por tanto el correspondiente Servicio de Salud podrá exigir la compensación del importe de la asistencia proporcionada.

En este capítulo también queremos destacar el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra de 3 de mayo de 2019. En este caso se trata de resolver la solicitud del centro penitenciario de autorización para que el hospital le facilite los informes médicos del interno que se encuentra ingresado en la UCI. El Juzgado de Vigilancia accede a dicha solicitud fundamentando su decisión en la relación de especial sujeción existente entre el interno y la Administración y el deber de esta última de velar por la integridad y salud de los internos.

SEGURIDAD DEL ESTABLECIMIENTO

En este capítulo encontraremos el auto del Juzgado de Instrucción de Murcia número 8 de 15 de mayo. El centro penitenciario solicita autorización para la utilización de rayos X y ecografía al objeto de posibilitar la detección de sustancias prohibidas en el interior del cuerpo del interno tal y como se informó al órgano judicial sobre la posible entrega de sustancia estupefaciente con ocasión de la celebración de vis a vis.

En su resolución el juzgado recuerda los requisitos exigibles para la autorización de dicha medida según la jurisprudencia existente:

- Que existan sospechas fundadas en relación a la persona sobre la que se va a aplicar la medida. En este caso concreto, dicho requisito se cumple puesto “que se han hallado útiles relacionados con el delito en la celda del investigado”.
- Relación de proporcionalidad con el fin perseguido. En este supuesto también se respeta este requisito al tratarse de un procedimiento instruido por la presunta comisión del tipo delictivo contemplado en el subtipo agravado del artículo 369 del Código Penal. Esta observación también se cumple puesto que con esta actuación se pretende la obtención de la prueba a valorar en la investigación en curso necesaria para la continuación del procedimiento “ya que al tratarse de

sustancia ilícita la misma debe pasar oculta al interior del recinto de la prisión”.

- “Que se practiquen con el decoro suficiente y en lugar reservado”, cumpliéndose también este requisito.

Por todo ello, el Juzgado de Vigilancia autoriza la utilización de los medios técnicos anteriormente descritos.

TRABAJO PENITENCIARIO

Nos detenemos en primer lugar en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha de siete de marzo. Partimos de la base de la extinción de la relación especial laboral del interno, cuya raíz descansa en la imposición de una sanción disciplinaria grave al haber desobedecido de forma reiterada las órdenes recibidas de los funcionarios en relación con la limpieza de la celda y bajadas al patio. Nos centraremos aquí únicamente en los razonamientos referidos a la cuestión de si a la extinción de dicha relación laboral le son aplicables los requisitos establecidos jurisprudencialmente para la carta de despido.

El Tribunal considera que esto no es posible ya que el cese de la relación laboral especial no constituye un despido sino que tiene la naturaleza de decisión administrativa. La Administración penitenciaria no actúa como empresario sino como “promotor de la reinserción social del penado”.

Al considerar probada la existencia de las desobediencias imputadas al recurrente, entiende el Tribunal Superior de Justicia que dicha conducta supone sin ninguna duda, el incumplimiento de los deberes laborales del penado y por lo tanto la extinción de la relación laboral.

En este capítulo nos encontraremos también con la sentencia del Juzgado Social de Almería número 3 de 22 de julio. El supuesto objeto de la resolución es el siguiente: Tres internos han desempeñado o desempeñan en la actualidad puestos en los talleres productivos del centro penitenciario en el marco de la relación laboral especial. La retribución de los trabajadores de este taller se fija atendiendo a criterios tales como los precios del material, el número de horas estimado para ejecutar el trabajo y los costes correspondientes a la Seguridad Social. Esa parte del presupuesto destinada a

la retribución se distribuye entre los internos en función de su participación y el tiempo prestado en el taller, pudiendo diferir el tiempo de trabajo entre los distintos internos pero el presupuesto no puede ser ampliado aunque se hayan realizado más horas de las previstas en un primer momento. En los talleres productivos penitenciarios los trabajadores pueden tener la categoría profesional de operario base (aquellos que realizan las tareas necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del taller) o de operario superior (los que además colaboran en el desarrollo y organización del mismo).

Los recurrentes pretenden que se les reconozca una determinada categoría profesional: Oficial de oficio de I del Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica solicitando además el abono de la cantidad correspondiente al importe de las diferencias retributivas entre el salario percibido y el que según la categoría profesional pretendida les debería haber sido abonado.

El órgano judicial fundamenta su decisión en el hecho de que a la relación laboral especial no le es de aplicación el Convenio anteriormente mencionado. Se remite a lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 782/2001 que regula la relación laboral especial de los penados que realicen actividades laborales en los talleres penitenciarios. Dicho artículo únicamente contempla la existencia de dos categorías profesionales: operario base y operario superior, no haciendo remisión alguna a la legislación laboral común. Por lo tanto, los internos que desempeñan el trabajo en los talleres productivos del centro penitenciario únicamente podrán ostentar dichas categorías por lo que se desestima la pretensión de los recurrentes.

TRASLADOS

Destacamos en este apartado fundamentalmente la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 7 de mayo de 2019.

Procedemos a continuación a poner en antecedentes al lector. El demandante ante el Tribunal europeo fue condenado entre otros por el delito de colaboración con banda armada a la pena de 25 años de prisión encontrándose desde el 2010 en el Centro Penitenciario de Badajoz que se encuentra a unos 700 kilómetros de su domicilio familiar. En el mes de diciembre de 2015 la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

decide mantener al penado en su clasificación en primer grado en el centro penitenciario anteriormente mencionado. Dicha decisión fue recurrida ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en lo que a la decisión sobre el centro de cumplimiento de la condena se refiere. El órgano judicial desestimó el recurso haciendo hincapié en que la competencia para decidir sobre el centro de destino recae exclusivamente en la Secretaría General, no obstante, puntualizó que podría revisar dicha actuación administrativa si se demostrara que con ella se habían vulnerado sus derechos fundamentales o penitenciarios. Sin embargo, el órgano judicial estima que esto no ha tenido lugar argumentando que el hecho de tener que cumplir la condena en un centro penitenciario distinto al de su elección no suponía que se le estuviera aplicando un trato inhumano o degradante, considerando además y teniendo en cuenta los datos obrantes en relación a visitas y correspondencia, que había mantenido una relación fluida con sus familiares y amigos. Esta decisión fue recurrida ante la Audiencia Nacional que desestimó el recurso señalando que no se había producido vulneración alguna de derechos y que el “régimen jurídico español no garantizaba a los reclusos el derecho a ubicarle o trasladarle a un centro penitenciario concreto o a cumplir su condena en establecimientos cerca de su lugar de residencia o el de su familia”. Este auto de la Audiencia Nacional contenía un voto particular emitido por uno de los magistrados que consideraba que era procedente el traslado solicitado por el interno a un centro más próximo a su familia en base a las siguientes consideraciones: los internos tienen derecho a cumplir condena en el centro más próximo a su residencia familiar no pudiendo las autoridades penitenciarias de manera general alejar a los penados clasificados en un determinado grado en relación a su etiología delictiva vulnerando la ubicación del demandante su derecho a la vida familiar, puntualizando por último que no se puede considerar que dicha ubicación constituya un elemento del tratamiento para su reinserción.

Centrándonos ya en la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste considera que mejorar la disciplina fomentando la buena conducta es un objetivo legítimo a la hora de restringir los derechos del demandante, remitiéndose a lo alegado por la Audiencia Nacional que consideraba que acercar al recluso a un centro más próximo a su familia habría reforzado sus vínculos con la organización terrorista. Por lo tanto, tal y como se ha dicho más arriba, el tribunal considera que se perseguía un objetivo legítimo como es la prevención del desorden y la delincuencia así como la protección de los derechos y libertades de terceros.

Continúa su argumentación sobre la base de que las autoridades nacionales deben contar con un amplio margen de discrecionalidad en cuestión de ejecución de sentencias, pero puntualiza que la distribución de la población reclusa no debe quedar en su totalidad a discreción de los órganos administrativos; los penados deben mantener ciertos lazos familiares y sociales.

En este caso concreto, el Tribunal entiende que no hay pruebas que acrediten que dichas relaciones hayan sufrido deterioros significativos teniendo en cuenta los contactos regulares que ha mantenido con familiares cercanos, por lo que considera que las limitaciones del derecho del demandante al respecto de su vida familiar “no eran desproporcionadas en relación con los objetivos perseguidos”.

OTROS

Como ya adelantábamos en la introducción a estos comentarios, en este capítulo encontraremos resoluciones de muy diversa índole.

Destacamos a continuación las que consideramos de mayor interés.

Comenzamos con la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 19 de octubre. El núcleo central de la cuestión radica en que un recurso interpuesto por el interno desde el centro penitenciario se declara extemporáneo por haberse interpuesto fuera de plazo. Sin embargo, la resolución impugnada fue notificada por correo certificado con acuse de recibo en escrito dirigido al interno en el centro penitenciario, constando dicho documento firmado. No obstante, del examen de la documentación se desprende que la firma y el Documento Nacional de Identidad no son los correspondientes a los del interno, siendo probado con posterioridad que el interno había sido trasladado a otro centro penitenciario unas semanas antes.

No se admite la alegación planteada por el Abogado del Estado de que el interno debía haber comunicado su cambio de centro, puesto que según jurisprudencia del Tribunal Constitucional “en las notificaciones a personas privadas de libertad en centros penitenciarios es obvia la necesidad de extremar las cautelas antes de declarar extemporánea una notificación en procedimiento penal, o como es el caso, en quejas relacionadas con él

cuando no conste que la notificación fue efectuada en forma personal y directa”.

Continuamos con el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 4 de febrero. En virtud del mismo se desestima la queja interpuesta por el interno que solicitaba la autorización de salida en autogobierno para la realización de los exámenes de la Universidad Nacional a Distancia. Argumenta su decisión en la circunstancia de que el resto de los alumnos de dicho centro penitenciario matriculados en dicha universidad tienen como centro de referencia el Centro Penitenciario de Zuera siendo trasladados al mismo en fechas cercanas a la celebración de los exámenes para posibilitar la realización de los mismos. Considera el órgano judicial que este supuesto no se encuentra entre los contemplados en el artículo 155 del Reglamento Penitenciario que hace referencia a aquellos internos que disfruten de permisos ordinarios de salida (circunstancia que no concurre en el presente supuesto).

Hacemos mención ahora al escrito del Juzgado Penal número 6 de Murcia en virtud del cual se remite copia en formato CD del acta del juicio grabada para que se haga exhibición de la misma al interno.

Destacamos a continuación el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 4 de septiembre que desestima queja formulada por el interno en relación a la no autorización para sacar fruta al patio. El magistrado considera que no se trata de una decisión arbitraria sino que está basada en razones de salubridad así como de seguridad. En relación a este último aspecto, en el auto se hace constar el hecho de que los internos disfrutaban de servicio de cafetería durante las horas de patio así como que cuentan con la posibilidad de sacar productos del economato tales como agua o tabaco. Sin embargo, esto no se permite con el resto de productos que hayan podido adquirir, puesto que de este modo se evita que éstos se puedan utilizar como mecanismo de extorsión hacia otros internos obligándoles a adquirir en contra de su voluntad productos en el economato que luego en el patio le son arrebatados por la fuerza u obligados a entregar.

Por último, nos detenemos en el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Almería de 10 de septiembre. En este caso una interna formula queja contra la resolución del centro penitenciario que denegaba su petición de conceder una entrevista a medios audiovisuales. En el auto se argumenta que se trata de una interna que ostenta la condición de preventiva y

con fecha de juicio señalada. El órgano judicial entiende que de concederse la entrevista, ésta interferiría en el procedimiento penal en curso, no encontrando suficientemente justificada la necesidad de la misma. Recalca que dado el tipo de delito por el que está siendo procesada la interna, su derecho a las relaciones con el exterior tiene que “ponerse en consonancia” con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima para impedir una victimización secundaria en el caso de los delitos por muerte o desaparición, añadiendo además, que el derecho a la libertad de expresión e información encuentran su límite en el derecho a la intimidad, el honor o la propia imagen de las víctimas del delito. Por todo ello, procede a la desestimación de la queja y su archivo.

CAPÍTULO I

ACUMULACIÓN

1.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 26/03/2019

Se declara inadmisibile la demanda interpuesta contra España. Las resoluciones impugnadas no han modificado el alcance de la pena impuesta.

TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación

SECCIÓN TERCERA DECISIÓN

Demanda nº 3083/17

P. c. ESPAÑA

Vista la demanda interpuesta el 28 de diciembre de 2016.

A la vista de las observaciones remitidas por el Gobierno demandado y las presentadas en respuesta al demandante,

Tras haber deliberado, dicta la siguiente decisión:

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El demandante, de nacionalidad española nació en 1955. Está cumpliendo condena en una cárcel de San Sebastián. Se le concedió asistencia

jurídica gratuita y estuvo representado ante el Tribunal por X., abogada en ejercicio en las Rozas, Madrid.

2. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por su agente, Abogado del Estado y Jefe del Área de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3. El 15 de marzo de 2017, se notificó al Gobierno la demanda con arreglo al artículo 7 del Convenio, declarándose inadmisibile en cuanto al resto de conformidad con el artículo 54.3 del Reglamento.

A. Circunstancias del caso

4. El relato de los hechos puede resumirse como sigue.

5. El 7 de julio de 1994 el demandante fue arrestado en Francia.

6. El 26 de mayo de 1997, el Tribunal de Grande Instance de París le condenó a una pena de diez años de prisión por asociación ilícita, portar armas y munición, recibir objetos procedentes de robos y utilizar documentos administrativos falsos, falsificados o alterados, por actos cometidos en Francia hasta el 7 de julio de 1994

7. El demandante cumplió condena en Francia hasta el 21 de noviembre de 2001, por un total de siete años, cuatro meses y catorce días de prisión efectiva.

8. El 22 de noviembre de 2001, el demandante fue entregado a las autoridades españolas en ejecución de una solicitud de extradición, permaneciendo actualmente cumpliendo condena.

9. En España, el demandante fue condenado a trescientos ochenta y tres años de prisión por delitos de asesinato, asesinato frustrado, asesinatos en tentativa y por delito de atentado en relación con la organización terrorista ETA cometidos entre 1980 y 1983, tras cuatro procesos penales distintos ante la Audiencia Nacional. Las cuatro condenas se dictaron en 2003.

10. Mediante auto de 13 de septiembre de 2007, la Audiencia Nacional resolvió, a petición del demandante, acumular las penas impuestas en España, de conformidad con el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en conjunción con el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 en vigor en el momento de la comisión de los hechos criminales (véase "Le-

gislación y jurisprudencia nacional pertinente" en Del Río Prada v. España [GS], nº 42750/09, §§ 24 y 25, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La Audiencia Nacional limitó a treinta años la duración máxima de la pena de prisión que el demandante debía cumplir en relación con todas las penas privativas de libertad impuestas en España. Dicho auto no hacía referencia a la pena cumplida en Francia.

11. Mediante providencia de 16 de noviembre de 2007, se llevó a cabo el cálculo para determinar la liquidación de condena, según el cual el demandante habría cumplido totalmente su pena el 14 de noviembre de 2031.

12. El demandante recurrió dicha resolución en casación, impugnando la forma en la que le fueron aplicados los beneficios penitenciarios. Mediante auto de 11 de marzo de 2009, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso por la aplicación de la "doctrina Parot" (véase "Legislación y jurisprudencia nacional pertinente" en el asunto Del Río Prada mencionado, §§ 39, 40 y 44), sin citar en ningún caso la condena cumplida en Francia por el demandante.

13. El 13 de junio de 2013, el demandante reclamó que la totalidad de la pena impuesta por las autoridades judiciales francesas y cumplida en Francia se acumulase a la duración máxima de cumplimiento de treinta años fijada en España. Invocó en especial la Decisión Marco nº 2008/675/JAI del Consejo de la Unión Europea 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 ("Decisión marco nº 2008/675/JAI") (véase "Derecho y práctica pertinentes a nivel nacional y de la Unión Europea" en el asunto Arrozpide Sarasola y otros v. España, nº 65101/16 y otras dos, §§ 73-88, de 23 de octubre de 2018).

14. Mediante auto de 18 de septiembre de 2013, la Audiencia Nacional (Sección tercera de Sala de lo Penal) desestimó la petición de la defensa para acumular las condenas, haciendo referencia a la sentencia 2117/2002, de 18 de diciembre, del Tribunal Supremo, en la que dicho órgano jurisdiccional rechazó la posibilidad de tener en cuenta una condena ya cumplida en Francia para la aplicación de la duración máxima de cumplimiento de penas en España (véase Arrozpide Sarasola y otros, antes citado, § 82).

15. El demandante anunció su intención de recurrir dicho auto en casación. Mediante resolución de 8 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional

constató la interposición del recurso y citó a las partes a comparecer ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

16. Mediante decreto de 11 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo estimó que el demandante había desistido del recurso de casación ya que su abogado no había comparecido en el plazo fijado.

17. Entretanto, el 25 de octubre de 2013, como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal en el mencionado asunto Del Río Prada, la Audiencia Nacional decidió de oficio practicar una nueva liquidación de condena, al aplicarse las redenciones por beneficios penitenciarios sobre el total de 30 años de cumplimiento máximo, y no sobre cada una de las penas impuestas en España consideradas de forma aislada (véase, en relación con las consecuencias de la sentencia Del Río Prada para otros condenados, Lorenzo Vázquez v. España (dic.), nº 30502/12, §§ 19-24, de 19 de enero de 2016). Mediante providencia de 3 de marzo de 2014, la Audiencia Nacional aprobó este nuevo cálculo, que fija el 23 de febrero de 2022 como fecha de puesta en libertad.

18. El 24 de marzo de 2014, el demandante solicita nuevamente la acumulación de la condena cumplida en Francia para el cálculo de la duración máxima de cumplimiento de las condenas en España. Se funda en la sentencia 186/2014 del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2014, que acogió por primera vez la posibilidad de tener en cuenta una condena cumplida en Francia en base a la Decisión marco 2008/675/JAI (véase Arrozpide Sarasola y otros, *précité*, § 83).

19. Mediante auto de 4 de septiembre de 2014, la Audiencia Nacional desestimó la solicitud, sobre la base de que la misma petición ya había sido rechazada mediante auto de 18 de septiembre de 2013, que era firme al no haberse formalizado el recurso de casación en plazo. Señaló que el cambio de criterio jurisprudencial al que se refería el demandante no podía tener repercusión alguna sobre una resolución judicial firme.

20. El demandante recurrió en casación dicha resolución.

21. Mediante sentencia 874/2014 de 27 de enero de 2015, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (quince magistrados) desestimó sobre el fondo el recurso de casación del demandante. La sentencia se adoptó por nueve votos contra seis. El Tribunal Supremo estimó que la Audiencia Nacional debería haber examinado en cuanto al fondo la nueva

petición del demandante de 24 de marzo de 2014, en la medida en que los autos relativos a la acumulación de las condenas impuestas y a las liquidaciones de condena no gozan de efecto de cosa juzgada. En cuanto al fondo del asunto objeto de litigio, se denegó la posibilidad de acumular las penas impuestas y cumplidas en Francia con las penas impuestas en España a efectos de aplicar la duración máxima de las penas que pueden cumplirse (véase Arrozpide Sarasola y otros, antes citados, §§ 21-23 y 85). Señaló que la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre de 2014, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, ha incorporado la Decisión marco al Derecho español, excluyendo expresamente los efectos de las condenas dictadas en otro Estado miembro a efectos de acumularlas con las condenas dictadas en España por delitos cometidos antes de que los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro hubieran pronunciado una condena. Consideró que, en estas circunstancias, la existencia de dicha Ley Orgánica ya no permitía interpretar el Derecho español en el sentido de su sentencia 186/2014, es decir, de una manera que favoreciera la acumulación de las penas impuestas en otro Estado miembro a efectos de la determinación del plazo máximo de cumplimiento.

22. El Tribunal Supremo consideró que dicha interpretación de la ley no contravenía el artículo 7 del Convenio. En su opinión, la modificación en la interpretación no era en modo alguno comparable al cambio de criterio jurisprudencial que dio origen al asunto Del Río Prada. En primer lugar, el Tribunal Supremo sostuvo que una interpretación basada en un instrumento jurídico como es una Decisión marco difícilmente podría generar expectativas legítimas. En segundo lugar, sostuvo que no era posible hablar de jurisprudencia y práctica interpretativa preestablecida que considerasen como fórmula de aplicación general la de acumular las penas ya cumplidas en el extranjero. En tercer lugar, indicó que la práctica comúnmente aceptada por los tribunales en casos similares era rechazar la acumulación de penas dictadas en el extranjero. En cuarto lugar, subrayó que, en ausencia de doctrina reiterada en sentido contrario, el demandante no podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, que la pena ya cumplida en Francia se tuviera en cuenta a efectos de aplicar el plazo máximo de cumplimiento en España. Concluyó que, si bien la interpretación en cuestión era diferente a la obtenida en la sentencia 186/2014, esta modificación no podía afectar a las expectativas del demandante basadas en una previsibilidad razonable. Es más, sostuvo que tal previsibilidad no

podía existir en ningún caso, ni cuando el demandante cometió los hechos en Francia ni cuando se adoptó la decisión de acumular las penas en España (2007), puesto que la Decisión marco todavía no se había adoptado y el único precedente jurisprudencial existente era de signo contrario a la acumulación de las penas cumplidas en el extranjero. Por último, sostuvo que el demandante no podía ignorar la necesidad de implementar la Decisión marco a nivel nacional y puntualizó que dicha transposición determinaría si sería posible o no acumular las penas dictadas en otro Estado miembro, a la vista de la excepción facultativa prevista en el artículo 3.5 de la propia Decisión marco. Finalmente, señaló que 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 demandante como asentada e inequívoca.

23. Por otro lado, el Tribunal Supremo consideró que no resulta necesario plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, teniendo en cuenta la claridad del artículo 3 § 5 de la Decisión marco considerado en su contexto, y a la vista del proceso de adopción de dicho instrumento.

24. Cuatro magistrados se sumaron a los votos particulares de la sentencia 874/2014 del Alto Tribunal.

25. El demandante interpuso un incidente de nulidad contra la sentencia del Tribunal Supremo, que fue inadmitido por el Alto Tribunal el 20 de mayo de 2015.

26. El 6 de julio de 2015, invocando los artículos 14 (principio de igualdad), 17 (derecho a la libertad), 24 (derecho a tutela judicial efectiva) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional.

27. Mediante auto de 20 de septiembre de 2016, el recurso fue inadmitido por el Pleno del Tribunal Constitucional dada la manifiesta inexistencia de una vulneración de los derechos fundamentales invocados. En relación con la alegación de una posible aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 7/2014, que entró en vigor con posterioridad a la petición de acumular las penas, el Tribunal Constitucional indica que el Tribunal Supremo había realizado una interpretación de la Decisión marco 2008/675/JAI y que había hecho referencia a la citada Ley Orgánica únicamente para reforzar dicha interpretación. Respecto a las alegaciones de una posible aplicación

retroactiva de una jurisprudencia desfavorable para el condenado, el Tribunal Constitucional diferenció el asunto en cuestión del asunto Del Río Prada. Constató que, a partir del establecimiento en 2007 de la pena total a cumplir, y durante todo su cumplimiento en España, el demandante no había obtenido ninguna decisión favorable a que se acumulase la pena cumplida en Francia. Consideró igualmente que la legislación penal se había aplicado de manera clara y plenamente coherente con la práctica judicial vigente, sin la mínima esperanza de que el interesado hubiera podido obtener la acumulación de la pena cumplida en Francia a fin de determinar el período máximo de cumplimiento en España. Observó que las primeras peticiones al efecto se presentaron por el demandante en 2013, más de cinco años después de la decisión de acumulación de 2007, y que todas habían sido rechazadas. Por lo tanto, consideró que en el presente asunto no se había producido una aplicación retroactiva de una interpretación desfavorable contraria a la práctica judicial aplicable en el momento de la imposición de la pena. El Tribunal Constitucional señaló que lo único que alegaba el interesado era la aplicación retroactiva de una interpretación favorable de una norma posterior, en concreto la resultante de la sentencia 186/2014 del Tribunal Supremo. Sin embargo, en lo que respecta al principio de igualdad ante la ley, señaló que esta interpretación –aprobada por una Sala de cinco magistrados del Tribunal Supremo la primera vez que se le pidió que se pronunciara sobre la Decisión marco 2008/675/JAI– ha sido aislada y que fue rechazada unos meses más tarde por el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia 874/2014. Observó además que el razonamiento seguido en dicha sentencia, que estaba plenamente motivado, no se basaba en una interpretación arbitraria o irrazonable de la legislación aplicable.

28. Dicha sentencia provocó dos votos particulares por parte de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional. En uno de dichos votos, dos magistrados consideraron que el Tribunal Constitucional debería haber admitido el recurso y haberse pronunciado sobre el fondo mediante sentencia. En el otro voto particular, dos magistrados expresaron igualmente que se había vulnerado el derecho a la libertad y el principio de legalidad penal, ya que, en su opinión, el interesado había sido sometido a una aplicación retroactiva de una norma desfavorable que había provocado una prórroga de su privación de libertad.

29. Del expediente se desprende que el demandante fue clasificado como preso de segundo grado y que pudo beneficiarse de permisos de salida.

B. Derecho y jurisprudencia internas relevantes

30. Para la legislación y la práctica pertinentes a nivel nacional y de la Unión Europea, el Tribunal se remite a su sentencia Arrozpide Sarasola y otros (antes citado, §§ 71-88).

31. De conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, modificada por Ley Orgánica 7/2003), los condenados están sometidos a un régimen penitenciario basado en una clasificación de acuerdo con tres niveles de tratamiento penitenciario (conocidos como "niveles penitenciarios"). Las personas condenadas clasificadas en primer grado cumplirán su condena en régimen cerrado, que se caracteriza por la restricción de la convivencia. El segundo grado es el régimen ordinario, que ofrece a los presos la posibilidad de obtener permisos de salida. El tercer grado es el régimen abierto o de semilibertad. Una vez clasificado en tercer grado, el interno puede obtener la libertad provisional tras cumplir parte de su condena (tres cuartas partes de ella, o en su caso, dos terceras partes de la pena). Para la calificación del tercer grado penitenciario, el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria exige que el condenado haya cumplido las obligaciones derivadas de su responsabilidad civil por los delitos cometidos. En el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el artículo 72.6 de dicha Ley exige además que esas personas hayan demostrado de forma inequívoca su rechazo a los objetivos y métodos terroristas, y hayan cooperado activamente con las autoridades. Esa conducta puede consistir en una declaración expresa renegando de los actos cometidos y renunciando a la violencia, así como una petición explícita de perdón a las víctimas; también puede demostrarse mediante informes técnicos que demuestren que ya no mantienen relación alguna con la organización terrorista o con su entorno ni tampoco con la actividad de asociaciones ilegales que la rodean, y que también cooperan con las autoridades.

32. El artículo 90 del Código Penal (modificado por la Ley Orgánica 1/2015) regula la libertad condicional. En su primer párrafo, esta disposición establece que la concesión de la libertad condicional, decidida por el juez encargado de la ejecución de las penas, se supedita a las siguientes condiciones: el interesado debe estar clasificado como recluso de tercer grado, haber cumplido las tres cuartas partes de su condena y haber demostrado buena conducta. También exige que el condenado haya cumplido

las obligaciones derivadas de su responsabilidad civil por los delitos cometidos. En su segundo párrafo, esta disposición prevé la posibilidad de conceder la libertad condicional una vez cumplidos los dos tercios de la condena, siempre que se verifiquen los criterios de clasificación en tercer grado y de buena conducta, con la condición de que el condenado haya ejercido actividades profesionales o culturales de forma continuada o de tal manera que sus circunstancias personales en relación con su pasado delictivo hayan cambiado de forma significativa y positiva.

QUEJA

33. Invocando el artículo 7 del Convenio, el demandante denuncia la aplicación, a su juicio, retroactiva de una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo y de una legislación novedosa que entró en vigor tras su condena.

LEGISLACIÓN

34. El demandante denuncia la aplicación retroactiva, a su juicio, de una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo y de una nueva ley que entró en vigor tras su condena en el sentido de que hubiera afectado a la duración de la pena de prisión que le restaba por cumplir. Invocó el artículo 7 del Convenio cuya redacción, en lo que aquí resulta pertinente, es la siguiente:

“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. (...)”

A. Alegaciones de las partes

35. El Gobierno considera que la cuestión planteada en este asunto se refiere exclusivamente a la ejecución de las penas impuestas legalmente, cuestión que no está amparada por el artículo 7 del Convenio. Afirma que las penas impuestas al demandante superaban los trescientos años de prisión, y que la aplicación de la duración máxima de treinta años es una acción destinada a limitar o restringir la duración efectiva de la privación de

libertad en ejecución de las penas ya impuestas. Añade que ello supone una medida de remisión de una parte significativa de las condenas acumuladas por delitos conexos. A este respecto, el Gobierno se remite a la sentencia *Kafkaris c. Chipre* ([GS] n° 21906/04, § 142, de 12 de febrero de 2008) sobre la distinción entre una medida que constituye una "sanción" y una medida relativa a la "ejecución" o "aplicación" de la "sanción". Todo ello exhorta al Tribunal a declarar la inadmisibilidad de la presente demanda por incompatibilidad *ratione materiae*.

36. Con carácter subsidiario, el Gobierno sostiene que no existe problema alguno de previsibilidad de la ley aplicable. A su juicio, ni el demandante ni su abogado podían esperar –con carácter previo a la adopción de la Decisión marco 2008/675/JAI– que la pena impuesta en Francia pudiera acumularse a la pena que debía cumplirse en España a efectos de la aplicación del plazo máximo de cumplimiento. Siempre en opinión del Gobierno, tampoco podían haber previsto esta posibilidad antes de la fecha fijada para la transposición de la Decisión marco al Derecho nacional (el 15 de agosto de 2010), ni tampoco entre esa fecha y la fecha de publicación del proyecto de ley de transposición (el 21 de marzo de 2014). El Gobierno señala que efectivamente la primera petición de acumulación de la pena cumplida en Francia fue presentada por el demandante el 13 de junio de 2013 ante la Audiencia Nacional, que la desestimó mediante auto de 18 de septiembre de 2013 sobre la base de que la única jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a su juicio, se podía aplicar lo era aquella que no aceptaba la acumulación de las penas cumplidas en Francia. Señala que esta decisión devino firme toda vez que el demandante no recurrió en casación en tiempo y forma. Añade que, una vez presentado el proyecto de ley de transposición de la Decisión marco, el demandante y su abogado sabían que sus disposiciones debían ser acatadas.

37. El Gobierno distingue el presente asunto del caso *Del Río Prada*, antes citado. A su juicio, en el presente asunto la legislación y la jurisprudencia preexistentes del Tribunal Supremo son claras: las condenas pronunciadas en el extranjero no se tienen en cuenta a efectos de la aplicación del plazo máximo de cumplimiento. Siempre en opinión del Gobierno, no puede afirmarse que la sentencia 186/2014 fuese susceptible de ofrecer al demandante o a su abogado "certeza" en cuanto a la modificación de la ley aplicable, ya que se trataba de una sentencia singular del Tribunal Supremo que no sentó precedente y que había sido impugnada por tribunales inferior-

res, basada en una Decisión marco de la Unión Europea ("UE") en proceso de transposición, publicada cuando el proceso de adopción del proyecto de ley de transposición había comenzado a nivel parlamentario, y que finalmente fue rechazada en un breve período de nueve meses por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El Gobierno señala que este enfoque prevalece en particular en el caso de decisiones judiciales -como la del presente caso- que son desfavorables para el interesado. Por último, añade que la conducta tardía del demandante, sobre todo su supuesto arrepentimiento, no afecta a la legalidad de la pena impuesta ni a su ejecución, sin perjuicio de los efectos que haya podido tener en el régimen penitenciario aplicado legalmente (la calificación como segundo grado penitenciario y, por consiguiente, la concesión de permisos de salida) (apartado 31 supra).

38. El demandante alega que, cuando se presentó la petición para acumular las penas, la adopción del auto desestimando dicha petición y la interposición del recurso de casación, la legislación aplicable era el Código Penal vigente, en su interpretación a la vista de la Decisión marco 2008/675/JAI, tal y como el Tribunal Supremo lo había interpretado en su sentencia 186/2014, de 13 de marzo de 2014, autorizando el cumplimiento de las penas cumplidas en el extranjero. Afirma que la única decisión del Tribunal Supremo que rechazó la posibilidad de acumular las penas fue la sentencia 2117/2002, de 18 de diciembre de 2002, dictada previamente a la adopción de la Decisión marco. Alega que la sentencia del Tribunal Supremo 186/2014 generó inseguridad, ya que, a su juicio, este precedente se aplicó uniformemente en todas las Salas de la Audiencia Nacional hasta por lo menos el 2 de diciembre de 2014, y dado que, siempre en opinión del demandante, no fue sino tras conocerse las enmiendas introducidas por el Senado al proyecto de Ley Orgánica 7/2014 cuando surgieron las dudas. De hecho, considera que mediante la sentencia objeto de controversia dictada en su asunto, el Tribunal Supremo aplicó retroactivamente una legislación desfavorable, como lo es la Ley Orgánica 7/2014.

39. El demandante alega igualmente que desde 1997 ha venido mostrando su rechazo a la violencia de la organización terrorista ETA y que fue excluido de dicha organización. Añade que, tras su extradición a España, ha continuado rechazando la violencia terrorista y que por este motivo fue trasladado a una prisión del País Vasco en 2010, de acuerdo con la política penitenciaria de acercamiento de presos vascos que han repudiado la or-

ganización terrorista a centros penitenciarios próximos a los domicilios de sus familias.

B. Valoración del Tribunal

40. El Tribunal se remite a sus sentencias en Del Río Prada (antes citadas, §§ 77-93), que establecen los principios generales relativos al artículo 7 del Convenio, y Arrozpide Sarasola y otros (antes citada, §§ 121-130), que aplican estos principios en un asunto casi idéntico al actual.

41. Como ya se ha señalado en el caso Arrozpide Sarasola y otros (antes citado, § 123), el Tribunal no puede suscribir la tesis del Gobierno de que la aplicación del plazo máximo de cumplimiento previsto en el Código Penal español era una medida de limitación relacionada exclusivamente con la "ejecución" de las penas individuales ya impuestas. Se trata por el contrario de una medida destinada a determinar la pena impuesta. En consecuencia, las resoluciones controvertidas de los órganos jurisdiccionales nacionales, por las que se denegaron las peticiones del demandante de acumular la pena ya cumplida en Francia a efectos de la aplicación del período máximo de cumplimiento en España, se referían al alcance de la pena impuesta al interesado y, por lo tanto, entraban en el ámbito de aplicación de la última frase del artículo 7.1 del Convenio.

42. En consecuencia, el Tribunal desestima la excepción preliminar de incompatibilidad *ratione materiae* formulada por el Gobierno.

43. En cuanto al fondo de la demanda, el Tribunal debe considerar si las resoluciones controvertidas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo han modificado el alcance de la pena impuesta al demandante. Para ello, debe tener en cuenta el Derecho interno en su conjunto y la forma en que este se aplicó (véase, *mutatis mutandis*, Del Río Prada, antes citado, §§ 90, 96 y 109).

44. En primer lugar, el Tribunal desea subrayar que la conducta del interesado durante la ejecución de su condena (en particular, el hecho alegado de que el demandante haya demostrado su rechazo a la violencia terrorista) no puede tener repercusión alguna en la legalidad de la pena impuesta. Señala que la evolución de la conducta del demandante puede haber repercutido en su régimen penitenciario, ya que se encuentra encarcelado en un centro penitenciario del País Vasco y ha sido clasificado como recluso de

segundo grado (véase el apartado 29 supra). A pesar de que no es descartable que los cambios en la conducta y/o las circunstancias personales del demandante puedan repercutir en la adopción por parte de las autoridades nacionales de medidas de adaptación de la pena, de conformidad con la legislación penitenciaria vigente y en el ámbito de sus competencias (véase el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 90 del Código Penal, párrafos 31-32 supra), el Tribunal recuerda que las cuestiones relativas a la existencia, modalidades de ejecución y justificaciones de un régimen de puesta en libertad o cualquier otra medida de adaptación de la pena son competencia de los Estados contratantes del Convenio para decidir sobre su política penal (véase, *mutatis mutandis*, *Kafkaris*, antes citado, § 151) y que, en principio, escapan del ámbito del artículo 7 del Convenio.

45. En el presente asunto, el Tribunal declara que las decisiones impugnadas no han modificado el plazo máximo de cumplimiento en España, que siempre se ha fijado en treinta años de prisión. El objeto del litigio ante los tribunales españoles era determinar si, a efectos de la aplicación de este plazo máximo, debía tenerse en cuenta la pena ya cumplida por el demandante en Francia por delitos cometidos en dicho Estado. A diferencia de los demandantes en el asunto *Arrozpide Sarasola* y otros, el demandante en el presente asunto nunca ha obtenido resoluciones favorables a acumular la pena cumplida en Francia, ni siquiera en primera instancia. Los dos tribunales que conocieron del asunto, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo mediante el recurso de casación, rechazaron las peticiones del demandante para acumular las penas.

46. El Tribunal señala asimismo que cuando el demandante cometió los delitos y cuando se adoptó la Decisión relativa a la acumulación y/o limitación de las penas que le afectan (el 13 de septiembre de 2007), la legislación española pertinente en su conjunto –incluida la jurisprudencia– no preveía un margen razonable de acumulación de penas ya cumplidas en otro Estado a efectos de la aplicación del plazo máximo de cumplimiento en España. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a la acumulación de penas impuestas en diferentes procesos penales, no contiene ninguna norma específica sobre la acumulación de penas impuestas en el extranjero. Los únicos precedentes jurisprudenciales a favor de la acumulación de penas se referían a las sentencias dictadas en el extranjero para ser ejecutadas en España en virtud de un tratado internacional de

traslado de personas condenadas, pero no a las sentencias ya cumplidas en su totalidad en el extranjero (véase, a este respecto, Arrozpide Sarasola y otros, antes citado, §§ 21 y 126). En el único caso similar al del demandante (sentencia 2117/2002 del Tribunal Supremo), el Tribunal Supremo había rechazado la acumulación de una pena ya cumplida en Francia (ídem, §§ 82 y 126). Esta falta de previsibilidad podría explicar el hecho de que el demandante no hubiera solicitado en ese momento la acumulación de la pena cumplida en Francia, a pesar de que su ejecución había finalizado en 2001.

47. El Tribunal tiene en cuenta el hecho de que el demandante no presentó ninguna solicitud de acumulación de la pena cumplida en Francia sobre la base de la Decisión marco 2008/675/JAI hasta 2013 y 2014 (apartados 13 y 18 supra), es decir, en el caso de su segunda petición, tras la adopción de la sentencia 186/2014 del Tribunal Supremo el 13 de marzo de 2014. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo fue requerido por primera vez para que interpretase la Decisión marco 2008/675/JAI y aunque se mostró favorable a la posibilidad de tener en cuenta las sentencias cumplidas en otro Estado miembro de la UE a efectos de acumular las penas, especificó que debía hacerlo en ausencia de legislación nacional transponiendo la Decisión marco o de normas expresas en la materia (Arrozpide Sarasola y otros, antes citado, §§ 83 y 127). Mediante la aplicación de este criterio, algunas Secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional han acumulado las penas cumplidas en Francia con las penas impuestas en España a fin de determinar la duración máxima de cumplimiento de treinta años. Todas estas resoluciones, salvo en tres casos aislados, fueron anuladas por el Tribunal Supremo tras ser recurridas en casación por el Ministerio Fiscal y la adopción por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de su sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015, relativa al demandante en el presente asunto (ídem, §§ 84, 85 y 127). El Tribunal recuerda que de acuerdo con el Derecho español, la jurisprudencia no es fuente de Derecho y que sólo la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo puede complementar el ordenamiento jurídico (ídem, §§ 89 y 127). En cualquier caso, considera que la sentencia 186/2014 no iba acompañada de una doctrina judicial o práctica administrativa consolidada a lo largo del tiempo y que pudiera haber creado expectativas legítimas por parte del demandante en cuanto a una interpretación constante del Derecho penal. A este respecto, el presente asunto difiere claramente de Del Río Prada, en el que la demandante podría haber presumido razonablemente, durante el período de su encarcelamiento y en el momento de la adopción de la decisión

de acumular y limitar las penas, que las remisiones de la pena por trabajos realizados durante la reclusión debían imputarse al plazo máximo de treinta años de prisión, de conformidad con la práctica habitual de las autoridades penitenciarias y judiciales españolas aplicada durante muchos años (Del Río Prada, antes citada, §§ 98-100, 103, 112 y 113). A la vista de esta práctica anterior relativa a la interpretación del Derecho penal y del alcance de la pena impuesta, este Tribunal sostuvo que la inversión jurisprudencial del Tribunal Supremo (la “doctrina Parot”) y aplicada a la demandante, no podía considerarse previsible y en consecuencia se había producido una vulneración del artículo 7 del Convenio (ídem, §§ 111-118)..

48. El Tribunal señala en el presente asunto que las diferencias entre los distintos órganos jurisdiccionales interesados, en lo que respecta a la posibilidad de acumular las penas cumplidas en otro Estado miembro de la UE con las impuestas en España, sólo duraron unos diez meses, hasta que el Tribunal Supremo dictó su sentencia de la Sala de lo Penal nº 874/2014 en el caso del demandante. Reconoce que el desarrollo de un consenso jurisprudencial es un proceso que puede tardar un tiempo y que la existencia de una divergencia puede tolerarse siempre que el sistema jurídico nacional ofrezca la capacidad de solventarla (véase, *mutatis mutandis*, *Borcea c. Rumania* (dic.), nº 55959/14, § 66, de 22 de septiembre de 2015). En este caso, el más Alto Tribunal del país en materia penal, es decir el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal en Pleno), resolvió esta divergencia mediante la sentencia antes mencionada, al decidir la cuestión de la acumulación de las penas impuestas en otro Estado miembro de la UE. El Tribunal señala que la solución adoptada en el asunto del demandante se limitó a esta interpretación del Derecho penal adoptada por el Pleno del Tribunal Supremo. Esta decisión también fue objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional, que en el marco del recurso de amparo interpuesto por el demandante, dictó una decisión motivada sobre la supuesta violación del principio de legalidad y de irretroactividad del derecho penal.

49. Habida cuenta de lo anterior, y a la vista de la legislación nacional aplicable en el momento de la comisión de los delitos, de la adopción de la decisión sobre acumulación y/o limitación y de la presentación por parte del demandante de peticiones para acumular la pena cumplida en Francia, el Tribunal estima que las resoluciones impugnadas no han conducido a modificar el alcance de la pena impuesta al interesado. La pena impuesta ha sido en todo caso una pena máxima de 30 años de prisión resultante

de la acumulación y/o limitación de las penas individuales impuestas por los órganos jurisdiccionales en materia penal al demandante, sin tener en cuenta la pena impuesta y cumplida en Francia.

50. A la vista de cuanto antecede, el Tribunal considera que la presente demanda debe ser rechazada por carecer manifiestamente de fundamento en cumplimiento del artículo 35 §§ 3 (a) y 4 del Convenio.

En base a lo cual este Tribunal, por unanimidad,

Declara la demanda inadmisibile.

Redactada en francés y notificada por escrito el 18 de abril de 2019.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 26/11/2019

Se desestima demanda en relación a la pretensión de tener en cuenta las condenas ya cumplidas en Francia para efectuar la acumulación jurídica de penas.

SENTENCIA

ESTRASBURGO. 26 de noviembre de 2019

Esta sentencia es firme. Puede sufrir modificaciones en cuanto a la forma.

En el asunto B. y A. v. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) reunido en Comité,

Tras deliberar en Sala a puerta cerrada el 5 de noviembre de 2019, Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició mediante sendas demandas contra el Reino de España, interpuestas por los demandantes ante este Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. Los demandantes estuvieron representados por O., letrada en ejercicio en Hernani. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por su agente R.A., Abogado del Estado y Jefe del Área de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3. El 16 de junio de 2017, el Gobierno fue informado de las reclamaciones relativas al derecho de recurrir al Tribunal Constitucional así como de una supuesta aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo y de una nueva ley que entró en vigor tras su condena, en el sentido de que habría ampliado la duración efectiva de sus penas de prisión y detención (artículos 5, 6 y 7 del Convenio). Las demandas se declararon inadmisibles en cuanto al resto.

4. Las asociaciones Víctimas del Terrorismo (AVT) y Colectivo de víctimas del terrorismo (COVITE), así como la Fundación Miguel Ángel Blanco, fueron autorizadas a intervenir en la fase escrita del procedimiento (artículo 36.2 del Convenio y artículo 44.3 del Reglamento). Sólo la primera asociación presentó observaciones por escrito.

5. El Gobierno no se opuso al examen de las demandas por parte de un Comité.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. Mediante una serie de sentencias dictadas entre 1999 y 2008, los tribunales franceses condenaron a los demandantes a penas de prisión por delitos relacionados con la organización terrorista ETA. Estas condenas se

referían a actos cometidos en Francia. Los demandantes cumplieron sus condenas en Francia.

7. El 31 de octubre y el 25 de noviembre de 2014, respectivamente, los demandantes solicitaron que la duración de las penas impuestas por los tribunales franceses y cumplidas en Francia se acumulara por las autoridades judiciales españolas y se tuviera en cuenta a efectos del cálculo de la duración máxima de las penas para cada una de ellas, sobre la base de la sentencia 186/2014 del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2014, que había valorado la posibilidad de tener en cuenta una condena dictada en Francia a efectos de la acumulación de penas sobre la base de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 24 de julio de 2008, relativa al examen de las resoluciones condenatorias pronunciadas en los Estados miembros de la Unión Europea en el marco de un nuevo proceso penal (véase "Legislación y práctica pertinentes a nivel nacional y de la Unión Europea", A. S. y otros c. España, nos. 65101/16 y otros 2, §§ 73-77 y 83, 23 de octubre de 2018).

8. Mediante autos de 9 de junio de 2015 dictados en Pleno, la Audiencia Nacional consideró que no se debían tener en cuenta las sentencias cumplidas por los demandantes en Francia a efectos de la acumulación de penas, pudiéndose acumular únicamente las penas privativas de libertad impuestas en España. La Audiencia Nacional siguió el enfoque adoptado en la sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015 del Tribunal Supremo, que excluía la posibilidad de acumular las penas impuestas y ya cumplidas en Francia con las impuestas en España a efectos de aplicar la duración máxima de las penas.

9. Los demandantes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

10. Mediante sentencias dictadas el 25 de febrero de 2016 y el 22 de diciembre de 2015, respectivamente, el Tribunal Supremo dictaminó que, cuando la sentencia ya había sido ejecutada en el extranjero, no cabía acumularla con las penas que debían ejecutarse en España a efectos de aplicar el período máximo de cumplimiento. Observó que, a partir de la publicación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre de 2014, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales y a la consideración de las resoluciones judiciales penales en la UE, en vigor desde el 3 de diciembre de 2014, el legislador español había excluido expresamente los efectos de las condenas pronunciadas en otro Estado miembro a

efectos de acumular las condenas dictadas en España por delitos cometidos antes de que los tribunales del otro Estado miembro hubieran dictado sentencia condenatoria (artículo 14.2 de la Ley). Consideró que, aunque no se pretendía aplicar esta ley directamente a los demandantes, su existencia no permitía la acumulación de penas impuestas en otro Estado miembro con el fin de determinar el plazo máximo de cumplimiento. El Tribunal Supremo también consideró que esto no contravenía el artículo 7 del Convenio, a la vista de la jurisprudencia de este Tribunal (A. S. y otros c. España, antes citada, §§ 21-23).

11. El 1 de marzo y el 13 de enero de 2016, respectivamente, se notificaron al representante de los demandantes las sentencias del Tribunal Supremo dictadas contra ellos. En el escrito de notificación se indicaba que la sentencia era firme y que podía recurrirse en amparo ante el Tribunal Constitucional en un plazo de 30 días hábiles.

12. El 7 de abril y el 24 de febrero de 2016, los demandantes recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional. Invocaron los artículos 14 (principio de igualdad), 17 (derecho a la libertad), 24 (derecho a una tutela judicial efectiva, en la medida en que la cuestión preliminar que deseaban plantear ante el Tribunal de Justicia de la UE no había sido aceptada por los tribunales a quo) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución. Indicaron que habían presentado estas alegaciones en casación, y que luego las interpusieron ante el Tribunal Constitucional en amparo.

13. El 12 de diciembre y el 29 de noviembre de 2016, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles los recursos de amparo. La reclamación prevista en el artículo 24 de la Constitución fue declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos legales existentes, a falta de un incidente de nulidad sobre la base del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El resto de demandas fueron declaradas inadmisibles por no haberse vulnerado los derechos fundamentales.

II. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA NACIONALES PERTINENTES

14. Con respecto a la legislación y la práctica nacionales pertinentes, el Tribunal se remite a los casos P. U. c. España, nº 3083/17, 30-32, de 20 de abril de 2019 y A. S. y otros c. España, antes citados, 69-89.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. RESPECTO A LA ACUMULACIÓN DE LAS DEMANDAS

15. Habida cuenta de la similitud de las demandas, este Tribunal considera oportuno examinarlas conjuntamente en una única sentencia.

II. RESPECTO A LA OBJECCIÓN DEL GOBIERNO Y LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO

16. Los demandantes alegan que las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inadmisibilidad de su recurso de amparo les privaron de su derecho a la tutela judicial efectiva, debido a su excesivo formalismo. Invocan el artículo 6.1 del Convenio, que dice lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...), que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

A. Sobre la admisibilidad

17. El Gobierno alega la falta de agotamiento de los recursos internos.

18. Este Tribunal se remite al apartado 94 de la sentencia A. S. y otros c. España, antes citada, y considera que esta objeción está estrechamente vinculada con el fondo de la demanda con arreglo al artículo 6 del Convenio. Observando que esta reclamación no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35.3.a) del Convenio y que, por lo demás, no reúne ningún otro motivo de inadmisibilidad, el Tribunal la declara admisible.

B. Sobre el fondo

1. Alegaciones de las partes y de los terceros intervinientes

19. Los demandantes alegan que el Tribunal Constitucional desestimó sus recursos de amparo por no haber interpuesto el incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo, impidiendo así su examen en cuanto al fondo. Afirman que el propio Tribunal Supremo había declarado expresamente en

la notificación de las citadas sentencias de casación que podían ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional en un plazo de 30 días. Señalan además que el incidente de nulidad no era pertinente en la medida en que la supuesta vulneración ya había sido denunciada y resuelta por el Tribunal Supremo.

20. El Gobierno impugna dicho argumento. Afirma que, tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, se amplió el ámbito de aplicación del incidente de nulidad para permitir a los particulares denunciar cualquier vulneración de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios antes de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Según el Gobierno, los demandantes voluntariamente hicieron que el Tribunal Constitucional declarara inadmisibile su recurso de amparo, sin darle la oportunidad de examinar sus alegaciones de vulneración de sus derechos fundamentales.

21. Los terceros intervinientes están a favor de la inadmisibilidad por falta de agotamiento de los recursos internos.

2. Valoración del Tribunal

22. Por lo que se refiere al "derecho a la justicia" y a la tutela judicial efectiva, este Tribunal se remite a su jurisprudencia reiterada señalada en los apartados 98 a 100 de la sentencia A. S. y otros c. España, antes citada.

23. En el presente caso, este Tribunal señala que las sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre y de 29 de noviembre de 2016, respectivamente, declararon inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos la queja en amparo de los demandantes relativa al hecho de que la cuestión prejudicial que deseaban plantear ante el Tribunal de Justicia de la UE no fue confirmada por los tribunales a quo. En cuanto a la queja citada, las decisiones se basaban en el motivo de inadmisibilidad previsto en el artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a saber, la falta de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios: el Alto Tribunal reprochó a los demandantes no haber interpuesto un incidente de nulidad sobre la base del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

24. Este Tribunal observa que en el asunto A. y otros c. España, antes citado, los dos primeros demandantes interpusieron un incidente de nuli-

dad ante el Tribunal Supremo solicitando su tramitación con carácter de urgencia, con el fin de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo legal. Si bien es cierto que dichos demandantes desistieron posteriormente de dichos incidentes de nulidad antes de recurrir ante el Tribunal Constitucional para no superar el plazo para recurrir en amparo, no obstante el Tribunal Supremo les notificó una decisión por la que declaraba la inadmisibilidad de estos incidentes por falta de relevancia. En efecto, el Tribunal Supremo había considerado que la mayoría de las reclamaciones formuladas por estos dos demandantes ya habían sido examinadas en las sentencias de casación impugnadas y que, por lo tanto, con arreglo al artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los incidentes de nulidad debían declararse inadmisibles. Esta notificación tuvo lugar tras recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional (A. y otros c. España, antes citado, § 102).

25. Cabe señalar que en el presente caso las notificaciones de las sentencias de casación de 1 de marzo y 13 de enero de 2016 (párrafo 11 supra) especificaban que dichas sentencias eran firmes, pero que podían ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 30 días. Este Tribunal señala que los motivos que los demandantes invocaron en el recurso de amparo ya habían sido objeto de un examen exhaustivo en el marco del recurso de casación; sin embargo, si los demandantes hubieran esperado a la notificación de las resoluciones relativas a los posibles incidentes de nulidad para preparar e interponer sus recursos de amparo en debida forma, nada habría impedido que posteriormente el Tribunal Constitucional declarara la inadmisibilidad de dichos recursos en cuanto a la extemporaneidad, por la irrelevancia de los incidentes de nulidad (véanse, por ejemplo, los asuntos Del P. G. y O. M. c. España (dec.), no. 23651/07, § 32, de 14 de junio de 2011).

26. Es cierto que no corresponde a este Tribunal decidir si en estas circunstancias el incidente de nulidad era una medida adecuada que debía adoptarse con arreglo al Derecho interno. Sobre todo porque en el presente caso los demandantes no interpusieron incidente de nulidad alguno ante el Tribunal Supremo antes de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. No obstante, debe señalarse que, como en el caso de la tercera demandante en el asunto A. y otros, antes citado, dado que los demandantes en el presente asunto estaban representadas por el mismo abogado que los demandantes en el asunto A. y otros, pudieron ciertamente conocer

la inadmisibilidad de los incidentes de nulidad interpuestos por el resto de demandantes antes de que expirara el plazo de 30 días para interponer el recurso de amparo. En estas circunstancias, dichos demandantes y su abogado podían prever razonablemente que un incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo también estaría condenado a fracasar. Por lo tanto, no se les puede acusar de haber recurrido directamente en amparo ante el Tribunal Constitucional, en particular porque, en sus recursos declararon que ya habían planteado ante el Tribunal Supremo las alegaciones de vulneración de los derechos fundamentales que acababan de presentar ante el Tribunal Constitucional.

27. En relación con los apartados 106 y 107 de la sentencia A. y otros c. España, antes citada, este Tribunal considera que los demandantes adolecían al menos de falta de seguridad jurídica respecto a su derecho a recurrir en amparo (véase, *mutatis mutandis*, F. G. c. España, no. 39590/05, § 33, de 13 de octubre de 2009).

28. En consecuencia, este Tribunal considera que las sentencias que declaran parcialmente la inadmisibilidad de los recursos de amparo por falta de agotamiento de los recursos judiciales disponibles privan a los demandantes de su derecho a la tutela judicial efectiva.

29. En consecuencia, el Tribunal inadmite la objeción del Gobierno y declara la vulneración del artículo 6.1 del Convenio.

III. RESPECTO A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO

30. Los demandantes denuncian la aplicación retroactiva de una nueva interpretación por parte del Tribunal Supremo de la legislación vigente y de una legislación *ex novo* que entró en vigor tras su condena, que, en su opinión, amplió la duración efectiva de sus penas de prisión. Invocan el artículo 7 del Convenio, que en lo que aquí interesa indica lo siguiente:

«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»

A. Alegaciones de las partes y de los terceros intervinientes

31. El Gobierno considera que los demandantes o su abogada no podían en modo alguno esperar –antes de la adopción de la Decisión marco 2008/675/JAI– que las penas dictadas en Francia pudieran acumularse con las penas que debían cumplirse en España a efectos de la aplicación del plazo máximo de cumplimiento. En su opinión, tampoco podían haber previsto esta posibilidad antes de la fecha fijada para la transposición de la Decisión marco al Derecho interno (el 15 de agosto de 2010), ni entre esa fecha y la fecha de publicación del proyecto de ley de transposición (el 21 de marzo de 2014). El Gobierno señala que los demandantes nunca han obtenido una sentencia firme a su favor en relación con la acumulación de penas dictadas en Francia.

32. Este Tribunal considera que la demanda no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35.3 (a) del Convenio. Indica igualmente que no es inadmisibile por otras causas. En consecuencia, debe declararse admisible.

33. Los terceros intervinientes consideran que el rechazo de la acumulación de penas no es contrario al principio de legalidad y que los principios de seguridad jurídica, jerarquía de normas y no retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables se han interpretado y aplicado correctamente.

B. Valoración del Tribunal

34. Este Tribunal se remite a su sentencia A. S. y otros c. España, antes citada, §§ 121-130, y a su sentencia P.U. c. España, antes citada, §§ 40 a 42, dictadas en casos muy similares a los presentes. El Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso.

35. El Tribunal debe considerar si las decisiones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en estos casos han modificado el alcance de las penas impuestas a los demandantes. Igual que en el asunto P. U. c. España, este Tribunal considera que, en el presente asunto, las sentencias impugnadas no han modificado la duración máxima de cumplimiento de las penas en España, que siempre se ha fijado en 30 años de prisión para cada uno de los demandantes. Nunca han obtenido sentencias a favor de la acumulación de las penas cumplidas en Francia, aunque sólo sea en primera instancia.

Los dos tribunales que conocen de esta cuestión, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el marco del recurso de casación, desestimaron las peticiones de los demandantes respecto a la acumulación de las penas.

36. Este Tribunal señala asimismo que, en el momento en que los demandantes cometieron los delitos y en el momento en que se adoptaron las resoluciones sobre acumulación y/o limitación de penas, el Derecho interno no preveía, de forma razonable, la acumulación de penas ya cumplidas en otro Estado a efectos de la aplicación del plazo máximo de cumplimiento en España. En el presente asunto, los demandantes no podían razonablemente creer, durante el cumplimiento de sus penas de prisión y en el momento de adoptar las resoluciones sobre acumulación y limitación de penas, que la duración de las penas cumplidas en Francia se tendría en cuenta para la limitación de treinta años prevista por la legislación penal española (A. S. y otros c. España, antes citada, §127, y P. U. c. España, antes citada, § 47). Este Tribunal señala que la solución adoptada en el caso de los demandantes se limitó a interpretar el Derecho penal adoptada por el Tribunal Supremo.

37. A la vista de los argumentos expuestos y de la jurisprudencia antes citada, este Tribunal considera que la presente demanda debe desestimarse por falta manifiesta de fundamento, con arreglo al artículo 35, apartados 3 y 4, del Convenio.

IV. RESPECTO A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 5.1 DEL CONVENIO

38. Los demandantes reclaman que su detención se ha prolongado debido a la aplicación retroactiva de la ley que les perjudica. Consideran que, debido a la falta de acumulación de penas ya cumplidas en Francia, han sido privados de libertad más allá de la duración máxima de las penas en España. Invocan el artículo 5 del Convenio, que en lo que aquí interesa indica lo siguiente:

“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 privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente”.

39. El Gobierno objetó dichas alegaciones.

40. Las terceras partes intervinientes consideran que dicha reclamación está mal fundada ya que los demandantes no fueron privados de su libertad sin una disposición legal expresa.

41. Los principios generales relativos a la detención de los demandantes en virtud del artículo 5 del Convenio fueron establecidos por este Tribunal en el caso A. S. y otros c. España, citado anteriormente, §§ 138-142.

42. Este Tribunal recuerda que los demandantes fueron condenados, al término de los procesos previstos por la ley, por tribunales competentes en el sentido del artículo 5.1.a), del Convenio, y señala que los afectados no impugnan la legalidad de su detención como tal. Este Tribunal considera asimismo que, en el momento en que se dictaron las penas de los demandantes, e incluso posteriormente, cuando los interesados solicitaron la acumulación de las penas cumplidas en Francia, la legislación española no preveía de manera razonable que las penas ya cumplidas en Francia se tuvieran en cuenta a efectos de la determinación de la pena máxima de prisión de 30 años. Dado que las resoluciones impugnadas no modificaron el alcance de las penas impuestas en virtud del artículo 7, los períodos de privación de libertad impugnados por los demandantes no pueden calificarse de imprevisibles o no autorizados por la "ley" en el sentido del artículo 5.1 (A. S. y otros c. España, citados anteriormente, §§ 139-140). Véase, a contrario, D.R.P. c. España [GS], nº 42750/09, §§ 130-131, Convención Europea de Derechos Humanos).

43. Además, este Tribunal señala que existe una relación de causalidad, en el sentido del artículo 5.1.a) del Convenio, entre las sentencias dictadas contra los cuatro primeros demandantes y el mantenimiento de su detención después de las fechas indicadas por ellos, que se derivan de las condenas y de la pena máxima de 30 años de prisión fijada en las decisiones sobre acumulación y/o limitación de penas impuestas en España (A. S. y otros c. España, citado anteriormente, § 141 y, mutatis mutandis, D.R. P., citado anteriormente, § 129).

44. A la vista de los argumentos expuestos y de la jurisprudencia anteriormente citada, este Tribunal considera que la presente demanda debe desestimarse por falta manifiesta de fundamento, con arreglo al artículo 35, apartados 3 y 4, del Convenio.

V. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

45. En virtud del artículo 41 del Convenio:

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

A. Daños

46. Los demandantes solicitan una indemnización en concepto de daños morales que afirman haber sufrido únicamente en relación con la supuesta vulneración de los artículos 7 y 5.1. Sus pretensiones pecuniarias no se refieren a las quejas presentadas con arreglo al artículo 6.1 del Convenio.

47. Habida cuenta de que se ha declarado la vulneración del artículo 6.1, pero se han declarado inadmisibles las quejas relativas a los artículos 7 y 5.1 del Convenio, este Tribunal considera que no procede conceder indemnización alguna en concepto de daños morales.

B. Costas y gastos

48. Cada demandante solicita 2.662 euros en concepto de costas y gastos incurridos ante los tribunales internos, y 1.694 euros en concepto de costas y gastos incurridos ante este Tribunal con el fin de alegar las supuestas vulneraciones de los artículos 5 y 7 del Convenio. Solicitan que los importes concedidos por dicho concepto se ingresen directamente en la cuenta bancaria de su abogada.

49. El Gobierno considera que deben rechazarse los gastos relacionados con los procedimientos internos. Por lo que respecta a los gastos incurridos ante este Tribunal, declara que deja la decisión sobre su cuantía a la discreción de este último.

50. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, sólo se podrá reembolsar a un demandante el importe de las costas y gastos sólo en la medida en que sean efectivos, necesarios y razonables en cuanto a su importe. Este

Tribunal considera en el presente asunto que los demandantes no tienen derecho al reembolso de las costas y gastos incurridos para su defensa ante los tribunales españoles en la medida en que sólo los reclaman en relación con las quejas relativas a los artículos 5 y 7 del Convenio. En el presente asunto, dado que el Tribunal ha declarado únicamente la vulneración del artículo 6.1 del Convenio por lo que respecta a las decisiones de inadmisibilidad del procedimiento de amparo, no se puede considerar que las costas relativas al procedimiento interno reclamado se hayan producido con el fin de impedir o denunciar la vulneración constatada por el Tribunal. Por consiguiente, inadmite las correspondientes peticiones. Por otra parte, dado que los demandantes no solicitaron el reembolso de las costas y gastos del procedimiento ante este Tribunal en relación con la queja relativa al artículo 6 del Convenio, este Tribunal considera que no existe ningún motivo para conceder cantidad alguna a este respecto.

EN BASE A ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. Decide acumular las demandas;
2. Desestima la objeción por falta de agotamiento invocada por el Gobierno;
3. Declara la admisibilidad de las demandas en relación con la reclamación prevista en el artículo 6.1 del Convenio, inadmitiendo el resto;
4. Afirma que se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio;
5. Desestima la demanda por lo que respecta a la satisfacción equitativa.

Redactado en francés, y notificado por escrito el 26 de noviembre de 2019, en cumplimiento de las reglas 77 §§ 2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

3.- SENTENCIA 21/2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 08/01/2019

Se declara la nulidad el auto de acumulación. No se consignan en el mismo datos fundamentales para fijar el límite máximo de cumplimiento.

Esta sala ha visto recurso de casación interpuesto por F. contra auto de fecha 15 de marzo de 2018, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante y recaído en Ejecutoria estando el recurrente representado por la procuradora y actuando bajo la dirección letrada de D. J. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de marzo de 2018 el Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante dictó Auto que contiene los siguientes Antecedentes:

"PRIMERO.- En el procedimiento del que se deriva la presente Ejecutoria se dictó sentencia por la que se condenó a F. a la pena de 1 año de prisión. Dicha sentencia ha devenido firme.

Esta persona ha sido condenada además en virtud de otras sentencias, también firmes, que le han impuesto las penas que figuran en su hoja histórico-penal, copia de la cual obra en autos.

SEGUNDO.- Por el penado se solicita la refundición de las condenas conforme a lo previsto en los artículos 988 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 76 del código Penal.

De dicha solicitud se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de no oponerse a la refundición solicitada, siempre que ésta se acuerde en los términos que se expresan en su informe.

SEGUNDO.- El citado Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Acuerdo la acumulación de las condenas impuestas a F. en las causas de las que derivan las siguientes Ejecutorias:

Ejecutoria 00/2019 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante. Ejecutoria 00/2016 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante. Ejecutoria 000/2016 del

Juzgado de lo Penal nº 4 de Alicante. Ejecutoria 000/2016 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante. Ejecutoria 000/2016 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Alicante. Ejecutoria 000/2017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante. Ejecutoria 000/2017 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante.

Se fija como límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión impuestas en las referidas Ejecutorias el de 3 de prisión, debiendo cumplir de forma separada las demás penas que tengan pendiente de cumplimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación.

Notifíquese al Centro Penitenciario para que señalen nueva fecha de inicio y el fin de cumplimiento de la pena refundida, así como a los Juzgados en los que el penado tiene condenas pendientes de cumplimiento".

TERCERO.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley 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 en nombre de F.

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 76 del Código Penal .Motivo segundo.- Por infracción de ley, 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 infracción del artículo 25.2 en conexión con el artículo 9.3 de la Constitución Española.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto apoyándolo parcialmente; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 8 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el condenado, el auto de 15 de marzo de 2018, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante que declaró haber lugar a una acumulación parcial de condenas dictadas frente a él.

El recurso se articula en dos motivos, si bien el segundo carece de autonomía: es tan solo un argumento de refuerzo basado en principios (fin resocializador de las penas) que no tendrían fuerza por sí solos para resolver en contra de lo establecido por la concreta legalidad aplicable al régimen de acumulación; ni en un sentido ni en otro.

Queda así el asunto a debatir centrado en el motivo primero basado en infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 76 del Código Penal. Considera que al haberse omitido entre las ejecutorias contempladas algunas que fueron aludidas pero cuyos datos no han sido recabados al no figurar en la relación facilitada inicialmente por Instituciones penitenciarias, se ha llegado a resultados no acordes con la legalidad. El recurrente, en un escrito trabajado y elaborado con rigor y manejo exquisito de la jurisprudencia y las claves de las operaciones de acumulación, propone una solución alternativa más beneficiosa incluyendo las ejecutorias omitidas.

El Ministerio Fiscal en su razonado informe insta la nulidad formalizando así una pretensión adhesiva que disipa un eventual obstáculo derivado del artículo 240.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: el auto carecería de elementos suficientes para resolver, elementos que, además, no proporciona la consulta directa del expediente.

No está atado el Fiscal por el principio de sujeción a los propios actos (artículo 94 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1969). En consecuencia, no es óbice para su petición que no sea armónica con su posición procesal en la instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con una jurisprudencia reiterada –Sentencias del Tribunal Supremo 819/2013, de 31 de octubre, 737/2017, de 16 de noviembre, 623/2017, de 19 de septiembre, 565/2017, de 13 de julio, o 242/2018, de 23 de mayo, entre otras muchas– es imprescindible en los expedientes de acumulación de penas a que se refiere el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, junto a la Hoja histórico-penal, se unan testimonios de todas las sentencias cuyas condenas pretendan acumu-

larse, a fin de fijar el límite de cumplimiento, conforme al artículo 76.1 del Código Penal. También se exige que en el Auto que recaiga se relacionen la totalidad de las penas impuestas al reo en los distintos procesos, así como las fechas de comisión de los diferentes hechos delictivos sancionados y de las sentencias recaídas —el momento de la firmeza no es exigible, de acuerdo con el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005—. Son todos ellos datos imprescindibles para poder determinar con justicia y ajustándose a la norma legal el límite máximo de cumplimiento que procede.

Declaraba en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2017, de 16 de noviembre, con cita de otras:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada y constante, en cuestión como la presente, tiene declarado, en síntesis, lo siguiente: a) que el procedimiento establecido en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de ser contemplado desde una perspectiva constitucional, pudiendo afirmarse lo mismo de la limitación de las penas prevista en el artículo 76 del Código Penal, pudiendo afectar a derechos fundamentales, hasta el extremo de prever en estos casos un recurso extraordinario como el de casación; b) en materia de acumulación jurídica de penas debe primar esencialmente el elemento temporal o cronológico que los preceptos mencionados más arriba contienen sobre el analógico que se resuelve en la expresión "por su conexión" (artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de forma que el límite de la acumulación está constituido por la imposibilidad temporal del enjuiciamiento conjunto de hechos delictivos acaecidos con posterioridad a haberse dictado la última sentencia comprendida en la acumulación, además de los que estuviesen sentenciados cuando se inicia la acumulación de que se trate. Tanto en un caso como en otro el enjuiciamiento conjunto deviene imposible, y si ello no se entendiese de esta forma, las condenas impuestas con anterioridad vendrían a constituir un "patrimonio punitivo" de cara a hechos delictivos futuros; c) por ello para revisar la corrección del criterio temporal es preciso que el auto que concede o niega la refundición contenga en sus antecedentes fácticos todos los datos sobre la fecha de comisión de los delitos, de las sentencias que los aprecien, no siendo necesaria ya la firmeza de las mismas, y dicha falta de contenido obstaculiza el control casacional sobre lo decidido en la instancia, pudiendo producir indefensión al recurrente y,

eventualmente, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 de la Constitución Española".

La Sentencia del Tribunal Supremo 737/2017, de 16 de noviembre, en igual dirección, enseña que son elementos que deben constar fehacientemente para poder realizar una correcta acumulación de penas: la fecha de las sentencias de los delitos por los que se condena, fecha de la comisión de los mismos y la pena impuesta. Estos datos son imprescindibles para establecer la relación de conexidad temporal entre los distintos delitos y poder delimitar el máximo de cumplimiento que proceda. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige esa expresa mención.

El auto judicial por el que se decide sobre la acumulación –proclama, por fin, la Sentencia del Tribunal Supremo 242/2018, de 23 de mayo–, debe relacionar, al menos, i) los datos relativos a las ejecutorias objeto de análisis; ii) las correspondientes fechas de las sentencias dictadas (no necesariamente las de su firmeza); iii) las fechas de los hechos enjuiciados en cada una de ellas; y iv) las penas impuestas en cada caso. Tales son los requisitos mínimos, necesarios para su control a través del procedente recurso de casación por infracción de ley. La omisión o error en la consignación de estos datos puede comportar la nulidad del auto judicial (Sentencias del Tribunal Supremo 688/2013, de 31 de julio; 652/2013, de 22 de julio; 63/2012, de 8 de febrero; 58/2008, de 22 de mayo; 1306/2006, de 19 de diciembre; o 944/2006, de 9 de octubre).

Excepcionalmente, podría soslayarse la nulidad si es posible conocer y resolver sobre el fondo de la cuestión de manera diáfana e indubitada, a través de datos extraídos del expediente de acumulación, siempre que pueda argumentarse correctamente sobre ellos y en efecto así lo hayan hecho las partes (Sentencia del Tribunal Supremo 676/2013, de 13 de septiembre). No sucede así aquí pues, como observa el Fiscal, no se han incorporado determinados testimonios como consecuencia de lo que parecen indebidas omisiones en la información facilitada por la Administración Penitenciaria.

El Auto solo relaciona las ejecutorias que van a ser acumuladas; no otras. Y ha excluido algunas que fueron indicadas por el solicitante. Sus testimonios no han sido aportados. Eso nos impide subsanar la deficiencia. No podríamos, resolver directamente basándonos exclusivamente en los

datos que el solicitante indica. Ello, por otra parte, supondría privar al penado de una primera resolución recurrible.

Faltan, así pues, elementos indispensables para poder decidir. En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto y decretar la nulidad del auto recurrido, con el fin de que el órgano a quo incorpore todo el material documental necesario (testimonios de todas las condenas, aunque pudiesen eventualmente estar cumplidas lo que no excluiría la acumulación) y dicte nuevo auto resolviendo en el que se habrán de figurar cuantos datos exige ese tipo de resolución.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas causadas (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación legal del condenado así como a la pretensión adhesiva del Fiscal.

2º.- Por consiguiente, casamos el auto recurrido con anulación del mismo, y reenvío de las actuaciones al órgano de procedencia, para dictar nueva resolución, previa incorporación de los testimonios que faltan.

3º.- Declarar de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

4º.- Comunicar la presente resolución al órgano judicial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

4.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE FECHA 11/07/2019

Los límites máximos de cumplimiento del artículo 76 del Código Penal no son límites absolutos de estancia en prisión.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En providencia de 4 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Castellón, dictado en Ejecutoria, se dispuso lo siguiente: "Recibido el anterior escrito del Procurador en nombre y representación del interno, únase a los autos y no ha lugar a lo solicitado, por cuanto al penado ya se le aplicó el beneficio del artículo 76 del Código Penal".

SEGUNDO.- Habiendo sido recurrida en reforma dicha resolución por la representación procesal del penado, dicho recurso fue desestimado por auto de 29 de marzo de 2019.

TERCERO.- Fue presentado escrito por el procurador, en nombre y representación de penado, de interposición de recurso de apelación la resolución indicada, solicitando se estime el recurso y se "ordene la inmediata excarcelación del penado".

El recurso fue admitido a trámite.

El Ministerio Fiscal, en escrito de 17 de mayo de 2018, solicitó que el recurso fuera desestimado.

CUARTO.- Habiéndose recibido las actuaciones en este Tribunal el día 30 de mayo de 2019, en diligencia de ordenación de la misma fecha se dispuso que "visto que el recurso de apelación presentado es en un solo efecto devuélvanse tanto el testimonio de particulares, correspondiente a la Ejecutoria como los autos originales correspondientes a la Pieza de acumulación de Ejecutorias, a fin de que envíen correctamente testimonio de particulares y se proceda conforme a Derecho, conforme tiene establecido preceptivamente el artículo 225 y 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Tras reiteradas peticiones al Juzgado de procedencia para que remitieran el testimonio de actuaciones pertinente, ha sido recibido el día 10 de julio de 2019; señalándose para la deliberación y votación del recurso el día 11 de julio de 2019.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte apelante alega que deben aplicarse los límites de cumplimiento de 25 o en su caso 30 años establecidos en el artículo 76.1 del Código Penal, y que ello debe conllevar la inmediata excarcelación del penado.

Asimismo, dice que “conviene poner de manifiesto que la citada hoja de cálculo resulta errónea a juicio de esta defensa, y ello por cuanto no ha sido abonada la prisión preventiva cumplida por el reo, y no abonado a otra causa como es el caso, según dispone el artículo 58 del Código Penal, en total 2.820 días, la nada desdeñable cifra de 7.726 años”.

SEGUNDO.- No es correcto el planteamiento que hace la parte recurrente con respecto a la aplicación de los límites de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 del Código Penal. Parece que se considera en el recurso que los límites de cumplimiento establecidos en dicho artículo son de aplicación a la totalidad de las condenas que pueda tener un penado, como límites absolutos de estancia en prisión, y con absoluta independencia de las fechas de los juicios respectivos y de comisión de los hechos por los que resultó penado. Tal planteamiento es, como decimos, erróneo, ya que dichos límites de cumplimiento tan sólo son aplicables en relación con todas aquellas causas penales que sean acumulables o refundibles a estos efectos con arreglo a lo establecido en el artículo 76.2 del Código Penal, según la interpretación amplia y flexible que en la doctrina jurisprudencial se viene haciendo de dicha exigencia de conexidad cronológica (sin que según dicha doctrina, se puedan acumular los hechos cometidos con posterioridad la sentencia que determina el límite cronológico de la acumulación con arreglo al artículo 76.2 del Código Penal). En el presente caso, ya se resolvió sobre la posible aplicación del artículo 76 del Código Penal en relación con la condena de la presente ejecutoria, en auto de 13 de diciembre de 2011 (y auto aclaratorio de 20 de enero de 2012), el cual fue confirmado por Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012; disponiéndose en ellos la no acumulación, o no inclusión de las Ejecutorias de la Audiencia Provincial de Valencia y del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Castellón, en el límite de cumplimiento de 20 años fijado en relación con las Ejecutorias del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Alicante y del Juzgado de lo Penal número 3 de Alicante, y de la Audiencia Provincial de Alicante.

TERCERO.- Con respecto al pretendido no abono de una prisión preventiva abonable, no se sabe, porque no se precisa en el recurso, de dónde proceden los 2.820 días supuestamente abonables de prisión preventiva, ni se articula cálculo alguno en función de ellos por virtud del cual hubiera de ser estimable la pretensión formulada en el recurso.

Según se decía en las sentencias dictadas en la presente causa, el penado permaneció en esta en prisión preventiva entre el 16 de enero de 2010 y la fecha en que se comunicara la sentencia, de la Audiencia Provincial de Castellón de 17 de febrero de 2011. Ni en el recurso de forma precedente ni en la apelación se hace una solicitud precisa en función de la supuesta infracción (genéricamente alegada) del artículo 58 del Código Penal.

Dada la petición imprecisa y manifiestamente errónea en cuanto al tiempo pasado en prisión preventiva en la presente causa, y dado el testimonio incompleto de actuaciones con que contamos, y sin razonarse en medida alguna en qué términos lo alegado sobre este respecto pudiera fundar la pretensión formulada en el recurso, no procede tampoco estimar dicha pretensión por este motivo.

Aunque sí se debe indicar que, siendo los hechos objeto de la presente causa anteriores a la reforma del artículo 58 del Código Penal producida por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, (y la sentencia de primera instancia es de 18 de noviembre de 2010), deberá estarse a la redacción vigente en la fecha de los hechos (la reforma de 22 de junio de 2010 entró en vigor el 23 de diciembre de 2010), más favorable para el penado que la redacción introducida por Ley Orgánica 5/10, atendiendo a la interpretación que de dicha normativa hizo el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 57/08, de 28 de abril (según la cual, carecía de cobertura legal expresa la posibilidad de excluir, como tiempo de cumplimiento de la pena de prisión, el tiempo que hubiera pasado el penado en prisión preventiva en la causa. cuando durante dicho periodo de prisión preventiva en la causa el sujeto hubiera tenido simultáneamente la condición de penado en otra causa distinta, desde el entendimiento de que la situación de prisión preventiva añade un plus o agravación del penado que simultáneamente está cumpliendo una pena de prisión al verse privado de algunos beneficios y recompensa penitenciarias a los que sí tendría derecho como simple penado, y de las que no puede disfrutar al añadirse su condición de preso preventivo en otra causa); y recogida por el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones (sentencias núm. 74/11, de 28 de enero; 908/10, de 20 de octubre; 667/10,

de 11 de junio; 551/10, de 28 de mayo; 414/10, de 17 de marzo; 227/10, de 20 de mayo; 82/10, de 11 de febrero; ...).

Y si la prisión preventiva supuestamente abonable es la de otras causas penales, la competencia para articular dicho abono correspondería al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no al Tribunal sentenciador.

Por cuanto antecede, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador, en nombre y representación del penado, contra el auto de 29 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Castellón, debemos confirmar y confirmamos lo dispuesto en este, sin perjuicio de que se deba tener en cuenta el tiempo pasado en prisión preventiva en la presente causa en los términos precisados en esta resolución en el razonamiento jurídico tercero, si el mismo no hubiera sido tenido en cuenta en la liquidación de condena practicada en la causa.

5.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 2ª DE FECHA 20/11/2019

Se aplica la limitación de cumplimiento de 20 años prevista en el Código Penal de 1995 por considerarla más favorable.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El penado presentó escrito solicitando se establezca como límite máximo de cumplimiento 20 años en base al artículo 76.1 del Código Penal.

SEGUNDO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal lo emitió en el sentido de oponerse a lo IITERCERO.- El Centro Penitenciario ha informado sobre la redención ordinaria y extraordinaria por trabajo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Interesa el interno, condenado en las sentencias que se dirá, se acuerde establecer en 20 años el límite máximo de cumplimiento ex artículo 76.1 del Código Penal, y se opone el Ministerio Fiscal por entender que la revisión pretendida resulta más gravosa en términos de privación de libertad.

Son antecedentes de necesaria -reseña los siguientes:

A.- El penado fue condenado en:

- Sentencia de 20-11-02 de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, condenado por un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 406.1, 3.3 Y 523 del Código Penal de 1973 a la pena de 18 años de prisión. Concordante con los artículos 572.1.1º, 15.1, 16.1 y 62 del Código Penal de 1995, castigado con la pena de prisión de hasta 19 años 11 meses y 29 días.

- Sentencia de 23-10-01 de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, condenado por un delito de tenencia de explosivos del artículo 254 del Código Penal de 1973 a la pena de 8 años de prisión, que se corresponde con los artículos 568 y 573 del Código Penal de 1995, castigado con la pena de prisión de hasta 10 años.

- Sentencia de 26-06-01 de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, condenado por un delito de asesinato del artículo 406, 1º y 3º en grado de tentativa del artículo 3.3 y 52 todos ellos del Código Penal Texto Refundido 1973, vigente al cometerse los hechos, a la pena de 17 años, 4 meses y 1 día de reclusión menor. Equivalente a un delito de asesinato del artículo 139.1º, en grado de tentativa inacabada de los artículos 15.1, 16 y 62 del Código Penal de 1995, con la concurrencia en el mismo de la circunstancia agravante de nocturnidad, prevista en el nº 13 del artículo 10 del Código Penal de 1973, equivalente a la 2ª del artículo 22 del actual Código Penal castigado con la pena de prisión de hasta 19 años 11 meses y 2 días.

B.- Solicitada por el penado la acumulación de penas y que se fijara un límite de 30 años, con abonó asimismo de los períodos sufridos en prisión preventiva, en el curso de la ejecutoria se dictó auto de fecha 27 de junio de 2012 que consideraba procedente la acumulación de las condenas y la fijación de un límite de cumplimiento de 30 años.

“...debiendo el condenado cumplir las penas que se le impusieron en distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios y la prisión preventiva abonable respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años. Anulada dicha resolución por sentencia de 30 de enero de 2013, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con posterioridad se practicó liquidación de condena de fecha 13 de febrero de 2014, que partiendo de un máximo de cumplimiento de 30 años abonaba la prisión preventiva sufrida y fijaba como fecha de cumplimiento el día 5 de septiembre de 2030; dicha liquidación fue aprobada.

C.- Según cálculo practicado por el establecimiento penitenciario, el penado cumpliría 4/4 de 30 años de condena el día 20 de diciembre de 2023, tomando en consideración 2356 días de redención ordinaria abonable y 95 días de redención extraordinaria.

En tesis del solicitante, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal actual le corresponde el límite de cumplimiento en 20 años, con posible fecha de licenciamiento el día 13 de septiembre de 2020, es decir, más de tres años antes que conforme a las previsiones del Código Penal de 1973, argumento que sustenta explicando que, no ha podido obtener los diez años de redención de pena que le correspondían, lo que propicia le sea aplicado el artículo 2 del Código Penal, retroactividad de la Ley Penal favorable al reo, y ello interpretando el artículo 76.1 del Código Penal de 1995 en cuanto a la determinación de los límites máximos de cumplimiento en casos de tentativa a la luz del Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión de 19 diciembre: de 2012, es decir, teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito.

SEGUNDO.- Partiendo de que cabe revisar la aplicación de la Ley Penal en favor del reo, tanto en sentencia como con posterioridad, por mor de la retroactividad de la Ley penal favorable prevista en el artículo 2.2 del Código Penal, su disposición transitoria primera. y siguientes, y doctrina

legal surgida en su interpretación y aplicación, es igualmente resaltable la laxitud y tolerancia aceptadas por la Jurisprudencia en esta cuestión, al punto de admitir en algunos casos que cabría reconsiderar lo ya revisado, sin por esto desoir el postulado de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, como el supuesto de circunstancias sobrevenidas o datos nuevos modificativos de los presupuestos de que se partió anteriormente, produciéndose el fenómeno tildado de "revisión de la revisión" –incluso reconsideración de la no revisión y reversión, de la revisión–, doctrina de la que se han hecho eco las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2003, y ya las anteriores de 27 de febrero de 2002 y 2 de marzo de 199, que precisamente contempla el aspecto relativo a la postrera falta de consolidación de redenciones de pena por trabajo penitenciario y pérdida del beneficio antes tomado en consideración. Trata la materia asimismo la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 120/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

TERCERO.- En definitiva, la cuestión se centra en determinar el límite máximo de cumplimiento efectivo de condena establecido en el artículo 76.1 del Código Penal, para así disponer de los elementos de comparación.

Para esta operación cumple recordar el acuerdo adoptado por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme al cual "para determinar los límites máximos de cumplimiento establecido en las letras a) y d) del artículo 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito".

Pues bien, aplicando el artículo 62 del Código Penal, que ordena imponer a los autores de tentativa de delito la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, en ningún caso la pena resultante llega a 20 años de prisión.

Así, la sentencia de 20 de noviembre de 2002, de la Sección Segunda de esta Audiencia, condenó por un delito de asesinato en grado de tentativa, ex artículos 406.1º, 3.3 y 52 del Código Penal de 1973, a la pena de 18 años de prisión, concordante con los artículos 139.1 en relación con 572.1-1º, 15.1, 16.1 y 62 del Código Penal de 1995, castigado con la pena de prisión de hasta 19 años, 11 meses y 29 días.

La sentencia de fecha 26 de junio de 2001, de la Sección Tercera de esta Audiencia, condenó por un delito de asesinato del artículo 406.1º y 3º en grado de tentativa, del artículo 3,3 y 52 todos ellos del Código Penal de 1973, a la pena de 17 años, 4 meses y 1 día de reclusión menor, equivalente a un delito de asesinato del artículo 139.1º, en grado de tentativa inacabada de los artículos 15.1, 16 y 62 del Código Penal de 1995, con la concurrencia en el mismo de la circunstancia agravante de nocturnidad, prevista en el nº 13 del artículo 10 del Código Penal de 1973, equivalente a la 2ª del artículo 22 del actual Código Penal, castigado con la pena de prisión de hasta 19 años, 11 meses y 29 días.

La sentencia de 23 de octubre de 2001, de la Sección Tercera condenó por un delito de tenencia de explosivos del artículo 254 del Código Penal de 1973 a la pena de 8 años de prisión, que se corresponde con los artículos 568 y 573 del Código Penal de 1995, castigado con pena de prisión de hasta 10 años.

El cotejo no debe hacerse comparando la pena correspondiente conforme al Código Penal texto refundido de 1973 y la versión actual del Código Penal vigente, sino la que existía al tiempo de dictarse la sentencia en cuestión, versión original del Código de 1995, más favorable en tanto propicia penas privativas de libertad de menor duración para las modalidades penales aplicables, señaladas ut supra.

Otro tanto, cabe decir de la redacción del artículo 76 del Código Penal a cuya letra quiere acogerse el solicitante.

Para terminar, obsérvese que incluso de tomar en consideración la versión actual de los susodichos preceptos el límite máximo de cumplimiento no podría exceder de 20 años pues ha sido condenado por tres delitos y ninguno de ellos está castigado por la Ley "con pena de prisión de hasta 20 años", pues la pena en abstracto a efectos de fijar el límite de cumplimiento ex artículo 76-1 es la de prisión de diez a 19 años, 11 meses y 29 días, para las dos infracciones más graves.

CUARTO-. Procede estimar la solicitud formulada y establecer en 20 años el límite máximo de cumplimiento del penado en esta ejecutoria, ex artículo 76 del Código Penal.

Vistos los preceptos legales y demás aplicación”

ACORDAMOS

Estimar la solicitud formulada por el penado sobre el límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad objeto de esta ejecutoria.

Establecer como límite máximo de cumplimiento el de 20 años y declarar extinguidas las que procedan desde que las impuestas cubran dicho máximo.

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN

6.- SENTENCIA 586/2019 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 27/11/2019

Mención al artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario como un sistema mixto de cumplimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, en el rollo de apelación número 253/2018, seguido contra D. C., se dictó auto, con fecha 14 de diciembre de 2018, que contiene los siguientes HECHOS:

“PRIMERO.- En fecha 2 de noviembre de 2018 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Cataluña dictó Auto por el que desestimaba el recurso de queja interpuesto por el interno contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 27-8-2018 referido al mantenimiento de la clasificación del interno en segundo grado.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución el Procurador, en nombre y representación del referido interno, presentó recurso de reforma del que se dio traslado al Ministerio Fiscal quien se opuso al mismo solicitando la confirmación de la resolución impugnada. Dicho recurso fue desestimado mediante Auto de fecha 20 de noviembre de 2018.

TERCERO.- Contra ese auto desestimatorio el Procurador, en representación de D. C., interpuso recurso de apelación que nuevamente fue impugnado por el Ministerio Fiscal quien, como ya había hecho anteriormente, solicitó la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia, se turnaron a la Sección Primera, donde se registraron, se formó rollo y se designó Ponente, fijándose día para deliberación, votación y fallo.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, expresando el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, D. J.”.

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

“LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador en nombre y representación de D. C., contra el auto de fecha 2 de noviembre de 2018 y contra el auto 20 de noviembre de 2018 desestimatorio de la reforma contra el anterior, dictados en el procedimiento Clasificación nº 00000/18 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Cataluña, que se confirma en su integridad.

Las costas del presente incidente se declaran de oficio (sic)”.

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación para unificación de Doctrina, por D. C., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente lo basó en los siguientes motivos de casación:

Previo.- A fin de tratar de conseguir una mayor claridad expositiva en el desarrollo de este recurso de casación, se sigue en su detalle una secuencia ordenada en la medida de lo posible y siempre desde el respetuoso punto de vista de esta parte, lo que se dice como no puede ser de otro modo, con el debido respeto y en estrictos términos de defensa.

Motivo único.- Este motivo se articula conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Quinta, punto 8º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el 22 de julio de 2004, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución, por la manifiesta contradicción existente entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en las resoluciones que de contraste se aportan.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, emite el informe que obra unido a los presentes autos, por el que solicita la inadmisión del presente recurso de casación por las razones expuestas en el mismo; 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 20 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, interno en el Centro Penitenciario Brians 2, interpuso recurso de alzada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Cataluña contra la resolución de la Dirección General de Servei Penitenciaris de 27 de agosto de 2018 por la que se acordó clasificar al citado interno en segundo grado de tratamiento. El recurso fue desestimado y el interno interpuso recurso de apelación ante el Tribunal sentenciador, Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el cual fue igualmente desestimado mediante Auto de 14 de diciembre de 2018. Contra el mismo interpone recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria. En un único motivo de amplio desarrollo sostiene que existe contradicción entre lo dispuesto en el auto impugnado y otras resoluciones que aporta como resoluciones de contraste, e insiste en lo que considera errónea interpretación de la normativa aplicable a su situación en cuanto a la procedencia de la calificación en tercer grado.

1. El recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria fue introducido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo. Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 22 de julio de 2004, examinó el alcance y contenido de este Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, y acordó que son requisitos de este recurso: 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. Y, d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida. Precisando, además, que el recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario: a. No es una tercera instancia. b. Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo. Y, c. No cabe apre-

ciar contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

2. En el amplio desarrollo del motivo, además de argumentar en contra de la denegación de la clasificación en tercer grado menciona el recurrente los aspectos doctrinales del Auto impugnado que considera que entran en contradicción con el contenido de los Autos de contraste, y que precisarían de la unificación de doctrina que se pretende con esta clase de recurso.

Con carácter previo debe señalarse que no es objeto de este recurso de casación la pertinencia o no de clasificar al recurrente en segundo o en tercer grado. Este recurso tiene como objeto la unificación de doctrina en materia penitenciaria, como hemos dicho más arriba, y no constituye una tercera instancia que permita impugnar los pronunciamientos de las previas resoluciones judiciales.

En lo que se refiere ya a la materia propia de esta clase de recurso, el recurrente se refiere en primer lugar a las afirmaciones de los Autos de contraste en orden a que el disfrute previo de permisos de salida no es un requisito legal para que un interno pueda ser clasificado en tercer grado. Y, efectivamente, el Auto de contraste designado realiza esa afirmación. Pero es que el Auto impugnado no dice lo contrario. Se limita a argumentar que para clasificar en tercer grado es necesario disponer de datos que lo aconsejen, y, en el caso, no se dispone de ellos, debido al escaso tiempo de observación del penado y a la imposibilidad de valorar su comportamiento en libertad por no haber disfrutado de ningún permiso de salida. No dice, pues, el Tribunal que el disfrute previo de permisos de salida sea un requisito para la clasificación en tercer grado, sino que, en el caso, su inexistencia no permite valorar el comportamiento del penado en esa situación como un elemento significativo.

En segundo lugar, afirma el recurrente que concurren las variables favorables que aconsejan la clasificación en tercer grado. Y, en tercer lugar, sostiene que la lejana fecha de los hechos y el esfuerzo y la voluntad de reparar el perjuicio causado son circunstancias que aconsejan la clasificación en tercer grado.

Tampoco en estos aspectos se aprecia contradicción con los aspectos teóricos o doctrinales contenidos en los Autos de contraste y en el Auto

impugnado. Se trata, por el contrario, de la valoración de circunstancias concretas del penado, que pueden concurrir o no en otros penados, junto con otras muchas que se han tenido en cuenta en las resoluciones que el recurrente ha ido impugnando.

Y, en cuarto lugar, se refiere el recurrente a la aplicación de un sistema mixto de cumplimiento con apoyo en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. Alega que en las resoluciones impugnadas se afirma que no es posible sin propuesta previa del Equipo Técnico, mientras que en los Autos de contraste se aplicó un sistema mixto sin que se contara con tal propuesta.

Sin embargo, la cuestión presenta otros aspectos. En los Autos de contraste no se aplica, en realidad, un programa específico de tratamiento, en la forma en que aparece contemplado en el artículo 100.2 del Reglamento, sino que se opta por un sistema mixto de cumplimiento en el que, manteniendo al interno clasificado en segundo grado, se introducen variantes propias del tercero, incorporando algunos permisos de salida. Para lo cual, se tienen en cuenta los datos disponibles sobre el penado obtenidos del tiempo pasado privado de libertad.

Del Auto impugnado se desprende, de un lado, que la misma ausencia de datos sobre el penado debidos al escaso tiempo de observación sobre el mismo, junto al resto de los abundantes aspectos que se valoran expresamente en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y en el de la Audiencia, no solo aconsejan la clasificación en segundo grado, sino que también impiden la configuración de un régimen mixto en la forma en que se hace en los Autos de contraste. De otro lado, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal pone de relieve, en relación con lo que se acaba de decir, que en los casos contemplados en los Autos de contraste se trataba de penados que ya habían cumplido un tiempo relevante de condena. En uno de los casos se trataba de una interna condenada por un delito contra la salud pública a pena de cuatro años de prisión de los que había cumplido dos; y en otro caso de un interno, también condenado por un delito contra la salud pública a pena de seis años y un día, que había cumplido un tercio de la condena. Además, en los referidos Autos se valoran otros extremos atinentes al comportamiento del penado en el tiempo que ya habían pasado privados de libertad.

Y, finalmente, la argumentación del Tribunal ha de entenderse en el sentido de que no solo no dispone de datos para establecer un régimen mixto, dado el escaso tiempo cumplido de la pena impuesta, sino que no puede pronunciarse sobre un programa específico de tratamiento inexistente.

Por lo tanto, tampoco en este aspecto se aprecia contradicción. En los Autos de contraste, contando con la información obtenida de un tiempo relevante de cumplimiento de la pena impuesta, el Tribunal acordó incorporar al segundo grado varios permisos de salida, sin que haya procedido a configurar un auténtico programa específico de tratamiento, el cual debería basarse en los datos tenidos en cuenta en el expediente por el Equipo Técnico que debe hacer la propuesta. En el Auto impugnado, el Tribunal deniega la pretensión de aplicar el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, debido a la falta de información suficiente. De sus argumentaciones se desprende que ello es debido, por una parte, a la inexistencia de un periodo de observación que haya aportado datos bastantes y, por otra, a la inexistencia de una propuesta del Equipo Técnico en los términos previstos en el citado precepto. Propuesta que, de otro lado, no parece posible en ese momento, teniendo en cuenta el escaso tiempo de estancia en el centro penitenciario.

En consecuencia, lo que determina la resolución del Tribunal que ha sido impugnada, no es una discrepancia de fondo con la doctrina resultante de las resoluciones de contraste, respecto a la necesidad de propuesta previa del Equipo Técnico para la implantación de un modelo de ejecución basado en un programa específico de tratamiento, sino la ausencia de datos en el caso concreto que impide la adopción de decisiones distintas de la acordada.

Por lo tanto, el recurso se desestima.

FALLO

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

1º. Desestimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de D. C., contra auto de fecha 14 de diciembre de 2.018, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª, en rollo de apelación número 000/2018.

2º. Condenar a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

7.- AUTO 95/2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE FECHA 04/02/2019

Se desestima recurso de apelación. Se considera que no concurren los requisitos del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario. Pese a la enfermedad el interno conserva la capacidad para delinquir.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el letrado en nombre y representación del interno M., se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto de fecha 4 de diciembre de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 11 de Andalucía con sede en Sevilla, por el que se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la SGIIPP de 21 de agosto de 2018, acordando la clasificación en tercer grado del interno, con base en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley Orgánica General Penitenciaria establece en los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica los criterios que han de tenerse en cuenta tanto para la clasificación inicial (artículos 63 y 64.2 de la Ley Orgánica), como para las nuevas clasificaciones y la progresión (artículo 65.2 de la misma Ley), preceptos desarrollados en los artículos 241 y siguientes del Reglamento.

La determinación del grado asignable a cada penado viene determinada por el artículo 102 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero (en cuanto a si procede el segundo o tercer grado), nos dice el apartado tercero 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.

Cuando se trata de la clasificación en tercer grado, el artículo 102.4 del Reglamento, indica que se clasificará en este grado al interno que, “por sus circunstancias personales y penitenciarias, esté capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”.

Para determinar si tiene o no esta capacidad habrá que tener en cuenta, pues, la totalidad de los criterios que señala el mismo artículo 102 del Reglamento en su número 2, en concordancia con los preceptos citados de la Ley Orgánica: la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Si bien la reforma de la Ley Orgánica 7/2003 ha supuesto una alteración del sistema de individualización científica puro, añadiendo para el acceso al tercer grado determinados requisitos, contenidos en la reforma del artículo 36.2 del Código Penal que introdujo el periodo de seguridad, si es impuesto en el fallo condenatorio (Ley Orgánica 5/2010), salvo en los delitos de terrorismo, inscritos en el marco del crimen organizado y determinados delitos sexuales, lo que no es el caso, ni el penado ha sido condenado a una pena superior a 5 años, por lo no son aplicables al caso.

El artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario establece una clasificación en tercer grado por razón de enfermedad grave con padecimientos incurables, a los efectos de libertad condicional anticipada ex artículo 92 Código Penal que es ajena a las variables de clasificación.

Así según el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

SEGUNDO.- En el supuesto sometido a nuestra consideración, el penado fue condenado por un delito de maltrato habitual, dos delitos de asesinato en grado de tentativa, un delito de quebrantamiento de medida cautelar, y un delito de incendio, imponiéndosele un total de 34 años de prisión, encontrándose el interno ingresado en prisión desde el día 25 de octubre de 2004.

El interno se encuentra divorciado de la que fue su esposa y víctima del delito, y no le constan relaciones familiares, con sus hijos, dos de los cuales fueron también víctimas del delito, y pese al tiempo transcurrido no consta que haya asumido su responsabilidad por los hechos, ni que haya abonado la indemnización a que fue condenado, no constando ningún esfuerzo reparador.

En orden a su situación médica y estado de salud, aun cuando el interno padece diversas patologías crónicas que se describen en el auto recurrido que transcribe el informe del médico forense, el interno viene siendo tratado por los especialistas y servicios médicos, con realización de controles periódicos de factores de riesgo cardiovasculares.

Si bien según informe forense, su pronóstico vital es desfavorable a medio plazo y su calidad de vida según índice de Karnofsky es de 50/100, al requerir asistencia importante y atención médica frecuente, lo cierto es que consta en el expediente, nuevo informe emitido por el médico forense con fecha 31 de agosto de 2018, en el que se informa: “que tras el estudio de la documentación clínica del interno, se considera que el tratamiento prescrito para sus patologías se puede llevar a cabo de forma adecuada en el Centro Penitenciario, y que su estancia en el mismo no implica el acortamiento de la esperanza de vida del interno”.

Pero es más para acceder al tercer grado y a la libertad condicional por el motivo solicitado por el recurrente no basta el padecimiento de una enfermedad de la naturaleza y gravedad que establecen las leyes, sino que el artículo 104 .4 del Reglamento Penitenciario exige para la progresión a tercer grado que se tenga en cuenta la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del penado, y el artículo 92 del Código Penal para la concesión de la libertad condicional por enfermedad exige que concurren los requisitos del artículo 90 relativos a la clasificación en tercer grado, a observar buena conducta y a que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Pues bien, no se puede considerar que el recurrente carezca de capacidad para delinquir en su estado de salud actual o, al menos, el que resulta del informe médico emitido por el médico forense. Pues si bien su capacidad para delinquir se encuentra limitada por sus patologías, su capacidad para delinquir no ha desaparecido, sólo se encuentra mermada por sus condiciones psicofísicas.

Por todo ello, procede desestimar el recurso, sin perjuicio de que ante un eventual agravamiento de las patologías que padece, sea la propia administración penitenciaria la que de oficio de nuevo, acuerde la clasificación en tercer grado ex artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario o en su caso de que sea el propio penado el que curse su solicitud.

Por todo ello, este tribunal acuerda desestimar el recurso interpuesto.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de M., contra el auto de fecha 4 de diciembre de 2018, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 11 de Andalucía, que confirmamos íntegramente, declarando de oficio las costas de esta instancia.

8.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 18/03/2019

No se aprueba el modelo de ejecución del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario al no fundamentarse el carácter excepcional de la medida.

HECHOS

PRIMERO.- Que por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social se acordó la regresión a segundo grado artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario del interno, elevándose por Junta de Tratamiento de fecha 23/01/2019 un modelo de ejecución conforme al mencionado precepto.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal informó en el sentido de “visto, Fiscal no se opone a 100.2”.

RAZONAMIENTOS JURIDÍCOS

ÚNICO.- Que el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario permite al Equipo Técnico proponer a la Junta de Tratamiento un modelo de ejecución penitenciaria en el que puedan combinarse aspectos y características de cada uno de los diferentes grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado, siendo una medida de carácter “excepcional”.

Y en el presente supuesto dentro del programa específico de tratamiento se elevó al Centro Directivo por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva de fecha 12/12/2018 una lógica propuesta de regresión a segundo grado ante el mal uso por el interno del tercer grado concedido, al ser condenado por la comisión de un nuevo delito de conducción de vehículo a motor sin permiso de conducir, cometido el día 02/11/2018 (ejecutoria del Juzgado de lo Penal 4 de Huelva) optándose por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social, (de forma totalmente inadecuada, según criterio reiteradamente mantenido por esta Juzgadora) sin propuesta previa de la Junta de Tratamiento y sin constar por ello modelo alguno de ejecución, ni razones que fundamentaran el carácter “excepcional” de dicha medida, conforme a lo previsto artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, por incluir al penado en dicha modalidad, elaborándose por ello con posterioridad un plan, en Junta de Tratamiento del CIS de Huelva, que a tenor de las circunstancias concurrentes y a la vista del contrato laboral ya extinguido era, a criterio de esta juzgadora, prematuro duda la negativa evolución mostrada por el interno durante el régimen de semilibertad y el elevado riesgo de comisión de nuevos delitos, e innecesario, en cuanto si bien es cierto que a asistencia a la autoescuela puede considerarse imprescindible para la reinserción social del interno, dada la naturaleza del delito cometido, la misma puede llevarse a cabo conforme a lo que es habitual en los internos de segundo grado, por aplicación de lo previsto en el artículo 117 del Reglamento Penitenciario, no siendo por ello necesaria la elaboración de un modelo específico de tratamiento que combine aspectos característicos de varios grados (que actualmente ya ni siquiera concurren) y “que de otra forma no pueda ejecutarse”, procediendo en consecuencia no aprobar el modelo de ejecución propuesto.

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

PARTE DISPOSITIVA

S^a S^a. DISPONE: Que procede no aprobar el modelo de ejecución propuesto por acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva de 23/01/2019 respecto del intento.

9.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 20/03/2019

Se estima recurso: siguiendo el criterio de la Junta de Tratamiento, se acuerda su progresión a 2º grado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por este Juzgado se recibió escrito interponiendo recurso contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre clasificación en primer grado del interno arriba referenciado.

SEGUNDO.- Unido la documentación pertinente, se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido que obra en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 100 del Reglamento Penitenciario que tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados; correspondiéndose el primer grado con un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas, lo que determina la aplicación de las normas del régimen cerrado, conforma al artículo 1013 del propio Reglamento.

SEGUNDO.- A tenor del 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 recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

TERCERO.- La clasificación del interno en primer grado depende de su peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de los factores descritos en el artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario, a saber:

Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial: comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos; pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas; participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones; comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo; instrucción o posesión de crinas de ruego en el Establecimiento Penitenciario, así como le tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

CUARTO.- El artículo 89 del Reglamento Penitenciario dispone que el régimen cerrado, en consonancia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto.

QUINTO.- En el presente caso, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en su resolución de fecha 30/10/2018, ha resuelto la clasificación del interno continuidad en primer grado artículo 91.2 en atención a la siguiente motivación.

«Si bien de su valoración se infiere la presencia en el interno de cierta evolución favorable, esta no es suficiente, teniendo en cuenta las circunstancias que determinaron su aplicación, para permitir, su pase a un régimen ordinario de normal convivencia.

La naturaleza y gravedad de los hechos delictivos por los que ha sido condenado, su vinculación con la actividad delictiva de una organización terrorista y su dilatado historial delictivo, determinan su continuidad en

un régimen de vida cerrado, para garantizar el fin de su internamiento y la seguridad del centro».

Valorando en el presente caso los anteriores criterios y concretamente las circunstancias del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario debe señalarse:

Se trae de un interno condenado en las causas del Juzgado de lo Penal Castellón 3, por Atentado Autoridad a: 01.03.00; Falta de lesiones 0-0-0; Audiencia Nacional Sección 1ª de lo Penal, acumulación, a: 25.00.00; Secuestro: 17.00.00; Audiencia Nacional Sección 2ª de lo Penal, Colaboración Banda Armada, a 14.00.00; Audiencia Nacional Sección 2ª de lo Penal, Banda Armada Atentado, a: 09-00-00.

Las fechas de cumplimiento son: 1/4: 31/07/2007; 1/2: 19/02/2014; 2/3: 04/07/2018; 3/4: 10/09/2020; 4/4: 02/04/2027.

Los factores de adaptación con los que cuenta el interno son: antigüedad de los hechos delictivos, primer ingreso en prisión, buena conducta penitenciaria, voluntad manifiesta de abono de la responsabilidad civil impuesta.

Respecto a la asunción delictiva y según se indica en el informe de 04/09/2018, mantiene la misma evolución:

- Asume los delitos cometidos, con una actitud de cambio y reconocimiento del dolor causado a las víctimas.
- Su actitud ha tenido una favorable evolución en este posicionamiento, mostrándose dispuesto al cambio, como se demuestra en su actividad penitenciaria, sin ninguna incidencia regimental en el último periodo, y con destino de responsabilidad en el comedor del módulo.
- Se muestra colaborador, reflexivo, acepta su reclusión y desea organizar su vida en libertad desde un entorno prosocial.

También deben hacerse constar los elementos negativos o de inadaptación: reincidencia delictiva, tipo de delito, especial gravedad de los hechos, pertenencia a organización criminal, delito cometido en prisión, cuantía de la condena impuesta, tiempo de condena pendiente de cumplimiento, ausencia de posibilidades de empleo u ocupación, asunción de valores marginales/delinuenciales, falta de resistencia a los estímulos criminógenos, comportamiento manipulador.

Siendo el pronóstico de reincidencia medio bajo.

Por tanto, es la Junta de Tratamiento la que entiende que el interno está capacitado para seguir cumpliendo su condena en un régimen de ordinario, extremo que debe valorarse muy significativamente acogiendo la propuesta elaborada por la Junta de Tratamiento al considerar que su valoración y votación se base en los informes emitidos por los profesionales del Equipo Técnico del Centro Penitenciario que son, en definitiva, quienes conocen al interno a través de la observación directa y continuada del mismo.

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

ACUERDO

Estimar el recurso del interno contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 12/02/2019, de aplicación de clasificación en Primer Grado interpuesto por el interno arriba referenciado, progresándole a segundo grado de tratamiento.

10.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 20/03/2019

Se estima recurso. La Administración ha efectuado nueva clasificación “de facto”. Por ello, procede la clasificación en primer grado artículo 100.2.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por este Juzgado se recibió escrito interponiendo recurso contra la resolución del Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre clasificación en primer grado del interno arriba referenciado.

SEGUNDO.- Unida la documentación pertinente, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó la estimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 100 del Reglamento Penitenciario que tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados; correspondiéndose el primer grado con un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas, lo que determina la aplicación de las normas del régimen cerrado, conforme al artículo 101.3 del propio Reglamento.

SEGUNDO.- A tenor del 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 recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

TERCERO.- La clasificación del interno en primer grado depende de su peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de los factores descritos en el artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario, a saber:

Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial; comisión de actos que atenten contra la vida o la Integridad física de las personas, la libertad sexual o fa propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos; pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signas inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas; participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones; comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo; instrucción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento Penitenciario, así como Ja tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

CUARTO.- El artículo 89 del Reglamento Penitenciario dispone que el régimen cerrado, en consonancia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por tratarse de internos extremadamen-

te peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto.

QUINTO.- En el presente caso la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, establece, que de la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable que permita inferir, por el momento, su capacidad para una normal convivencia.

La naturaleza y gravedad de los hechos delictivos por los que ha sido condenado, vinculados con la actividad de una organización terrorista, así como la cuantía de la condena impuesta, el impago de la responsabilidad civil y el no reconocimiento del daño causado, determinan su continuidad en un régimen de vida cerrado, para garantizar el fin de su internamiento y la seguridad del centro.

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

Se trata de un interno condenado en las causas A. Nacional, acumulación: 40.00.00; asesinato: 25.00.00; detención ilegal: 12.00.00; robo y hurto vehículo a motor: 04.06.00; daños: 02.06.00, asesinato: 375.00.00; colaboración banda armada: 08.00.00; tenencia de explosivos: 08.00.00; daños: 05.00.00.

Las fechas de cumplimiento son: 1/4: 10/05/2024; 1/2: 08/05/2034; 2/3: 04/01/2041; 3/4: 05/05/2044 y 4/4: 03/05/2054.

Los factores de adaptación con los que cuenta el interno, se relacionan a continuación: antigüedad de los hechos delictivos, primer ingreso en prisión, periodo prolongado sin comisión de infracciones disciplinarias, apoyo familiar, ausencia de adicciones.

Este interno se haya ubicado la celda 19 del Módulo 1 (Módulo residencial de internos de 2º grado de clasificación reincidentes o inadaptados a módulos de respeto), aunque sin relación con los internos de 2º grado. Tiene un régimen de vida propio de su grado de clasificación, saliendo al patio con otros internos clasificados en 1º grado con la misma tipología delictiva que el interno que están ubicados en su departamento en unas dependencias distintas de las del resto de internos de 2º grado del departamento, con un horario de patio de 09:00 a 13:00 horas, manteniendo la separación con el resto de los internos. Por las tardes realizan actividades

(gimnasio, taller de manualidades) junto al resto de los internos en 1º grado de su departamento durante dos horas diarias, no realizando ningún tipo de actividad con internos con otro grado de clasificación.

En la actualidad el interno está realizando las siguientes actividades: asiste regularmente al gimnasio con el resto de internos con su mismo grado de clasificación y realiza trabajos manuales en el horario establecido para ello en las zonas asignadas para internos en 1º grado dentro del departamento. También está realizando estudios reglados universitarios estando matriculado en la UNED.

Ante esta situación y considerando plenamente razonable la argumentaría esgrimida por el Ministerio Fiscal cuyo párrafo TERCERO de su informe reproduzco literalmente: “Ahora bien, siendo rotundamente inadecuada el procedimiento, no lo es tanto el criterio que guía la decisión: la administración, por una vía de hecho, ha llegado a la conclusión de que no subsisten razones para mantener a un interno en un régimen de primer grado que se han explicado en el apartado primero y por ello ha decidido ubicarle en un módulo de grado distinto, haciendo oídos sordos a la legislación, que exige que el interno de primer grado se le destine a un módulo de primer grado (artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). La medida, si bien formalmente no tiene soporte en un acuerdo fundamentado, en la práctica está sustentando en la propia observación del interno que hace la administración actuante que, sin embargo, adolece de falta de coherencia y no da el paso que debiera dar, cual es, bien una flexibilización de grado, bien una progresión completa. Nos encontramos, pues ante una nueva clasificación de facto, por debilitación o desaparición de los factores antedichos, pero amparada en los criterios que recoge el artículo 92.2 del Reglamento Penitenciario: procederá en todo caso, la propuesta de reasignación de la modalidad en el sistema de vida de los penados destinados en departamentos especiales que muestre una evolución positiva, ponderando, entre otros, factores tales como: a) el interés por la participación en las actividades programadas, b) la cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo, c) una adecuada relación con los demás.”

Para los que están en módulo de segundo grado.

Por todo lo expuesto, cabe estimar parcialmente el recurso, clasificando al interno en 1º grado con el principio de flexibilidad.

Vistos, los artículos citados y demás e general y pertinente aplicación.

ACUERDO

Estimar parcialmente el recurso del interno, del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha, manteniéndole en primer grado con el principio de flexibilización del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

11.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 22/07/2019

Se estima recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de progresión a 2º grado de interno condenado por terrorismo.

RELACIONADO CON EL REGISTRO NÚMERO 54 - 9

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto dictado el 20 de marzo de 2019, el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Vigilancia, estimó el recurso del interno contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 12/02/2019, de aplicación de clasificación en Primer Grado, interpuesto por el interno, progresándole a segundo grado de tratamiento.

SEGUNDO.- Admitido recurso de apelación contra esta resolución interpuesto por el Ministerio Fiscal, y remitido a esta Sala el expediente, por Diligencia de Ordenación de 28 de junio de 2019 se designó magistrado ponente y los magistrados que forman Sala, y se señaló para deliberación y fallo el día 22 de julio de 2019, donde se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto recurrido estimo el recurso del interno y acordó su clasificación en segundo grado de tratamiento. Para ello valoró como factores de adaptación la asunción de los delitos cometidos, con una actitud de cambio y reconocimiento del dolor causado a las víctimas, mostrarse dispuesto al cambio, como demuestra en su actividad penitenciaria sin ninguna incidencia regimental en el último período, y con, destino de responsabilidad en el comedor del módulo, y que se muestra colaborador, reflexivo, aceptando su reclusión y deseando organizar su vida en libertad desde un entorno prosocial. Todo ello, a pesar de los elementos negativos o de inadaptación: reincidencia delictiva, tipo de delito, especial gravedad de los hechos, pertenencia a organización criminal, delito cometido en prisión, cuantía de la condena impuesta, tiempo de condena pendiente de cumplimiento, ausencia de posibilidades de empleo u ocupación, asunción de valores marginales/delinquenciales, falta de resistencia a los estímulos criminógenos y comportamiento manipulador. A todo ello añade al auto un pronóstico de reincidencia medio bajo, y que la Junta de Tratamiento entiende que el interno está capacitado para seguir cumpliendo su condena en un régimen de ordinario, extremo que debe valorarse muy significativamente acogiendo la propuesta elaborada por la Junta de Tratamiento el 30 de octubre de 2018.

Frente al auto recurrido, el Ministerio Fiscal recurrente, conforme a la decisión adoptada por el Centro Directivo interesa se mantenga la clasificación en primer grado de tratamiento.

SEGUNDO.- El tratamiento penitenciario, consistente en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados con el objetivo de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal (artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), lleva consigo para su individualización la clasificación penitenciaria del interno y su destino al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado y al grupo o sección más idóneo.

Con esa finalidad, la clasificación debe tener en cuenta, según el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictiva 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. Mediante un

estudio científico de la personalidad del observado, formulado en base a, estudios e informaciones, se debe llegar a la determinación del tipo criminológico, la capacidad criminal y de adaptabilidad social, como señala el artículo 64 de la misma Ley .Y la evolución en el tratamiento determinara 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, en la que la progresión de grado dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, manifestados en la conducta global del interno, con acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, como recoge el artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El Reglamento Penitenciario, en desarrollo de los anteriores preceptos legales al referirse a los criterios de clasificación, establece en su artículo 102.2 que 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 las recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el biten éxito del tratamiento, añadiendo a continuación que eran 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, pero que, por el contrario, se clasificaran en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada. Y como pautas para valorar esta peligrosidad extrema o inadaptación se señalan a continuación varios factores.

a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.

b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.

c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armados, mientras no muestren, en ambos casos signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.

d) Participación activa en motines plantados, agresiones físicas, amenazas o coacciones.

e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo

f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante que haga presumir su destino al tráfico.

No puede prescindirse pues, en la clasificación penitenciaria de hechos anteriores al ingreso en prisión. Las especiales características de los delitos cometidos por el interno pueden denotar una personalidad peculiar del mismo que requiera su clasificación inicial en primer grado y que, con posteridad, exijan para la progresión una específica demostración de la superación de las características de la personalidad violenta o antisocial. En la medida en que la naturaleza del delito revele un grave desprecio por las normas más elementales de convivencia, más necesario será el esfuerzo que deba realizar el interno para demostrar un cambio radical en sus actitudes. No se mira, por tanto, solo al pasado, no que no se prescinde de él como medida imprescindible para evaluar si cualquier modificación externa del comportamiento aparente del interno es reflejo real y verdadero de un cambio integral o solamente una acomodación interesada a las circunstancias penitenciarias para ocultar el efectivo mantenimiento de los postulados y valores que le llevaron a la comisión de los delitos.

TERCERO.- Los datos más relevantes del interno que figuran en su expediente penitenciario son los siguientes:

- El informe del Jurista-Criminólogo, aparte de adjuntar los hechos probados de las sentencias condenatorias del interno (secuestro de un industrial y de un empresario y un delito de atentado a funcionario de prisiones), destaca la falta de abono por el acusado de la responsabilidad civil a la que fue condenado en las sentencias por las que cumple condena, así como la cancelación con efectos de 7 de septiembre de 2017 de la última infracción disciplinaria.

- El informe psicológico de fecha 16 de octubre de 2018 señala que el penado no tiene historia toxicofílica, que asume los delitos cometidos, con actitud de cambio y reconocimiento del dolor causado a las víctimas, sin

ninguna incidencia regimental en el último periodo y destino de responsabilidad en el comedor del módulo, mostrándose colaborador, reflexivo, con aceptación de su reclusión y deseando organizar su vida en libertad desde un entorno prosocial. También el informe del psicólogo de fecha 31 de octubre de 2018 destaca la empatía del interno con las víctimas y que ha surtido efecto el internamiento para la prevención general del delito y que presenta buena acogida familiar y adecuados planes de futuro.

- El informe del educador reseña que el interno ha tenido de 2002 a 2017 un total de 32 expedientes disciplinarios por diversos motivos, pero actualmente tiene canceladas todas las faltas, que tiene reconocidas 14 recompensas por el desempeño de destinos y actividades, que, aun clasificado en primer grado de tratamiento, se encuentra ubicado en departamento con régimen de vida ordinario, módulo-2, que es respetuoso y correcto con el personal del centro y con los compañeros de internamiento, viste adecuadamente y mantiene un buen aseo personal, que participa en algunas actividades del departamento, como repartir comida a los demás internos, realizar deporte en el gimnasio y polideportivo en el centro; que se le aprecia una actitud positiva de integración en una convivencia normalizada, y que el 30 de octubre de 2018 se hizo propuesta de progresión a segundo grado tratamiento, que está a la espera de su resolución (consta finalmente resuelta esta propuesta por acuerdo de Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 12 de febrero de 2019, que mantuvo la clasificación en primer grado).

- Cumple el interno las siguientes condenas 25 años de prisión acumulados, de unas condenas de 17, 14, y 9 años de prisión, impuestas, respectivamente, por delitos de secuestro, colaboración con banda armada y atentado integrado en banda armada, y 1 año y 3 meses de prisión por atentado a autoridad cometido cuando estaba en un centro penitenciario cumpliendo las anteriores condenas.

- Cumplió la cuarta parte de la condena total el 31 de julio de 2007, la mitad el 19 de febrero de 2014 y dos terceras partes el 4 de julio de 2018, y está previsto que alcance 3/4 el 10 de septiembre de 2020 y la extinción total el 2 de abril de 2027.

- El pronóstico de reincidencia es medio-bajo, según la propuesta de clasificación última, de 30 de octubre de 2018, que no fue aceptada en el citado acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

de 12 de febrero de 2019 posterior al que motiva la resolución objeto de este recurso, donde también se recoge como factores de inadaptación la asunción de valores marginales/delincuenciales, la falta de resistencia a estímulos» criminógenos y el comportamiento manipulador.

CUARTO.- Estos últimos datos ponen de manifiesto que el interno, a pesar de sus manifestaciones externas en favor del cambio y reconocimiento del dolor causado a las víctimas continua manteniendo una fuerte vinculación a los postulados que rodearon la comisión de los graves delitos por los que cumple condena. Su comportamiento manipulador evidencia que ese aparente cambio en su actitud anterior trata de ocultar interesadamente, para la obtención de un mejor trato penitenciario, la subsistencia de los mismos valores y sentimientos que motivaron su clasificación en primer grado, persistiendo la asociación de valores marginales y delincuenciales, así como los estímulos criminógenos, frente a los que no aprecian en el centro penitenciario resistencia alguna.

Todo ello revela en el fondo una evolución no del todo favorable del tratamiento penitenciario, por cuanto no ha sido hasta el momento capaz de superar factores cuyo cambio es lo que debe perseguir fundamentalmente, lo que obliga a mantener la clasificación del interno en primer grado de tratamiento.

Como ha señalado, esta Sala en recientes autos de fechas 5 de diciembre de 2018, 20 diciembre 2018, 8 de enero y 26 de febrero de 2019, los beneficios que se obtengan en el ámbito penitenciario, se han de conceder a partir del momento que concurran las circunstancias que los propician, de manera que no solo porque transcurra el tiempo desde que se ingresó en prisión se han de ganar automáticamente, sino que la progresión dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, que se ha de manifestar en la conducta global del penado, para lo cual será necesario tener en cuenta su actitud y comportamiento penitenciario, porque son elementos fundamentales para conseguir la progresión de grado, y esto no es algo que se gane en un día, sino que, para su apreciación, precisan de una consolidación en el tiempo siendo por ello por lo que decimos que no basta solo con un transcurso de un tiempo más o menos prolongado desde el ingreso en prisión, sino que la valoración habrá de ponerse en relación con la consolidación de la adaptación de los factores positivos que juegan a favor de la progresión. Por lo tanto, transitoriedad, sí, pero a valorar desde el momento en que se

afiance la nueva situación de adaptación; el periodo anterior no debe ser computado, porque lo contrario puede llevar situaciones de fraude de ley, y es que, mientras no se asuma el tratamiento, y se pueda apreciar esa consolidación en la nueva trayectoria en el penado, no parece razonable que se produzca el cambio, porque seguirán persistiendo las circunstancias excepcionales que dieron lugar a la inicial clasificación. Por lo demás, si es elemento a tener en cuenta para mantener la clasificación en primer grado la peligrosidad extrema del penado, a efectos de valorar esta no se debe prescindir, como decíamos, de factores como la naturaleza de los delitos por los que se cumple condena, entre ellos los que atenten contra la vida, o la integridad física de las personas, así como la vinculación con una organización terrorista. Por otro lado, resulta insuficiente para entender que se ha producido una variación sustancial, objetivamente justificada, la mera manifestación de rechazo a la violencia, persistiendo en los objetivos de la organización terrorista y sin indicios de arrepentimiento por el daño causado, minimizando las consecuencias de las acciones. Esa mera afirmación apunta al propósito de obtener un aprovechamiento de los beneficios que su manifestación pueda reportar, lo cual, al margen del fin defraudatorio que pudiera encerrar, no acredita una evolución consolidada en el tratamiento necesario para la progresión. Todo ello, expresado en palabras taimadas del artículo 103 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, implica que no ha transcurrido el tiempo necesario para valorar si han desaparecido o disminuido las razones que llevaron a la inicial clasificación en primer grado. Por otro lado, ha señalado en resoluciones anteriores ese Tribunal, en relación con alegaciones relativas a desvinculación de la Banda terrorista ETA y a la desaparición de la misma, que la disolución de la misma a efectos formales, no excluye la necesidad de indicios objetivos y mantenidos en el tiempo de abandono o desvinculación, si no de la Organización, admitida su disolución formal, si desde luego, de sus postulados terroristas. Hemos apuntado, además, que la asunción genérica de responsabilidades aludiendo a las víctimas de lo que los condenados por terrorismo califican consecuencia del “conflicto armado” para la obtención de “aspiraciones políticas”, recogida en comunicaciones dirigidas al Juzgado de Vigilancia tendentes a la obtención de consecuencias penitenciarias, no es equiparable a la petición expresa e individualizada de perdón a las víctimas concretas, ni menos aún a intento alguno de hacer frente a la reparación de daños y perjuicios causados con sus violentas acciones. Finalmente, como expusimos en los autos de 5, 20 de diciembre

2018 y 8 de enero de 2019 aunque el interno se encuentre en la actualidad en un Módulo en el que lleva un régimen de vida próximo al ordinario, ello es así con las limitaciones propias de su mantenimiento en primer grado y sin aplicársele el principio de flexibilidad. Esto, que en realidad, se traduce en un beneficio, no debe servir de argumento para cuestionar la decisión del Centro y, a partir de ahí, mantener que la solución ha de ser colocarla en el grado propio del régimen ordinario, que es el segundo. No compartimos tal solución, por cuanto el hecho de que, estando en régimen cerrado, se establezca para la interna un régimen de vida que se considere que es el mejor modelo de ejecución de cara a su tratamiento, lo que parece razonable, si tenemos en consideración que la ejecución tratamental conviene adaptarla a las circunstancias personales de los internos, en aplicación del principio de individualización científica, ello no obsta a que, de cara a la decisión, sobre el mantenimiento o progresión de grado, cualquiera que sea el modelo de ejecución tratamental se exija que se hayan consolidado los factores o circunstancias que permitan valorar en positivo su evolución para que progrese de grado, debiendo mantenerse en el mismo grado, porque todavía ese tratamiento no ha logrado los efectos favorables que permitan tal progresión y a los que puede contribuir ese específico modelo combinado de ejecución.

QUINTO.- Estimado, por tanto, el recurso del Ministerio Fiscal, no se aprecian motivos para una especial imposición de las costas

Vistos los artículos de aplicación,

LA SALA ACUERDA Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando el auto dictado el 20 de marzo de 2019 por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y acordando la clasificación en primer grado de tratamiento del interno, sin especial imposición de las costas de este recurso.

12.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 25/04/2019

Se desestima recurso contra la resolución de mantenimiento en primer grado a interno condenado por terrorismo. Voto particular.

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Con fecha 25 de febrero de 2019, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto desestimando la queja formulada por el interno contra la resolución sobre clasificación en Primer Grado.

2.- Por la letrada en nombre y representación del interno se interpuso recurso de apelación contra el auto referenciado. Se dio traslado del recurso al Ministerio Fiscal, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

3.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencia de 09/04/2019 se ordenó la composición y se asignó la ponencia conforme al turno establecido, señalándose para deliberación el día 25 de abril.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Esta Sala ha resuelto casos similares de personas condenadas por delitos de terrorismo al supuesto que nos ocupa, citados en la resolución recurrida, por lo que son extensibles argumentos ya expuestos para motiva que no era procedente la progresión en grado que se pretende.

2. Es doctrina que viene manteniendo este Tribunal, con base en la normativa penitenciaria, que el artículo 100 del Reglamento Penitenciario establece la necesidad de clasificar a los penado en grados nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad sean más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto. Cada seis meses como máximo deberán ser estudiados los internos individualmente para evaluar y reconsiderar su tratamiento y la propuesta de mantenimiento o cambio de grado. Los artículos 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106 del Reglamento Penitenciario señalan que la evolución del tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno,

con la correspondiente propuesta de traslado al Centro Penitenciario adecuado o, dentro del mismo Centro, a otro departamento con diferente modalidad de vida, y que la progresión dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva. Esta modificación se ha de manifestar en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, como base que permite la atribución de más importantes responsabilidades que impliquen mayor margen de libertad.

De los artículos 59 a 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 100 a 109 del Reglamento Penitenciario, ya citados, se desprende que, a parte de la consideración de la personalidad, historial familiar, social y delictivo, la progresión de grado, en particular, dependerá de la actividad delictiva, comportamiento penitenciario, y cumplimiento de las exigencias impuestas por la Junta de Tratamiento, que deberá evaluar positivamente todos los aspectos que permitan garantizar que el interesado se encuentra apto para una situación de pre-libertad. El régimen abierto se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, que deberán valorarse a partir de datos como los expuestos relativos al historial delictivo y a la integración social, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Para adoptar la progresión se ha de atender a la modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, criterios recogidos en el artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, no olvidamos el carácter temporal en la aplicación del régimen cerrado, como se pone de manifiesto en el recurso, con cita del artículo 10.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y que el tiempo en tal régimen “ha de ser el imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario”, con cita de la Instrucción 9/07 de Instituciones Penitenciarias sobre clasificación y destino de penados, sin olvidar el artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario, que, en relación con las variables y criterios de clasificación, establece que “conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada”, recogiendo, a continuación, una serie de factores a ponderar de cara a hacer tal calificación, que sirven de orientación para ello, entre las cuales, y por lo que aquí interesa, mencionaremos las tres

primeras, porque, en la valoración que hace este Tribunal, nos llevan a considerar que no ha variado la razón interna. Son las siguientes: “a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial. b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos. c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse susstraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”.

3. El recurrente cumple condena de 30 años de prisión, producto de la refundición de varias penas impuestas por delitos de terrorismo relacionados con la banda ETA. Se encuentra en prisión desde 07-07-1997, cumplió los tres cuartos del tiempo de la pena en agosto de 2015 y el licenciamiento está previsto para el 02-08-2020, estando en régimen cerrado desde su ingreso en prisión.

Se encuentra en la prisión de Córdoba, en un módulo de régimen cerrado, cursa estudios universitarios y ha redimido ordinaria y extraordinariamente. No le constan expedientes disciplinarios desde agosto de 2015. En noviembre pasado ha solicitado por primera vez ser incluido en programa terapéutico, por lo que la psicóloga considera que las actividades que ha realizado hasta el momento no han abordado los factores directamente relacionados con el delito. Reconoce el daño causado por la banda, según informa la profesional mencionada, aunque no habla abiertamente de los hechos realizados. No ha satisfecho la responsabilidad civil y el pronóstico de reincidencia es muy elevado.

4. Como hemos dicho en anteriores resoluciones, «consideramos que las ventajas que puedan obtenerse en el ámbito penitenciario, se han de conceder a partir del momento que concurran las circunstancias que las propician, de manera que no solo porque transcurra el tiempo desde que se ingresó en prisión se han de ganar automáticamente sino que, como decíamos, la progresión dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, que se ha de manifestar en la conducta global del, penado, para lo cual será necesario tener en cuenta su actitud y comportamiento penitenciario, porque son elementos fundamentales para conseguir la progresión de grado, y esto no es algo que se gane en un día, sino que, para su apreciación, precisan de una consolidación en el tiempo, por ello que, cuando se predica la transitorie-

dad del régimen cerrado, como hace la defensa, habrá de ponerse en relación con el tiempo suficiente para constatar que la conducta y actitudes del interno se ha reconducido hacia parámetros que aconsejen esa progresión, siendo por ello por lo que decimos que no basta solo con un transcurso de un tiempo más o menos prolongado desde el ingreso en prisión, sino que la valoración habrá de ponerse en relación con la consolidación de la adaptación de los factores positivos que juegan a favor de la progresión. Por lo tanto, transitoriedad, sí, pero a valorar desde el momento en que se afiance la nueva situación de adaptación; el periodo anterior no debe ser computado, porque lo contrario puede llevar a situaciones de fraude de ley, y es que, mientras no se asume el tratamiento, y se pueda apreciar esa consolidación en la nueva trayectoria en el penado, no parece razonable que se produzca el cambio, porque seguirán persistiendo las circunstancias excepcionales que dieron lugar a la inicial clasificación».

«De esta manera, consideramos que estamos siguiendo las pautas que aconseja la Instrucción 9/07, porque, cuando habla de la transitoriedad, como uno de los principios generales y básicos que han de inspirar la aplicación del régimen cerrado, dice de ella que “el tiempo que el interno esté en régimen cerrado ha de ser el imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario, de ahí que resulte imprescindible la intervención activa, intensa y dinámica con este grupo de internos”, lo cual, entendido en sus justos términos, significa que ese tiempo mínimo no cabe computarlo, sino hasta que se tenga una constancia de que la conducta y actitud del penado, cualquiera que haya sido la fecha que ingresara en prisión, se ha reconducido a pautas que aconsejen progresar de grado. Por lo demás, si es elemento a tener en cuenta para mantener la clasificación en primer grado la peligrosidad extrema del penado, a efectos de valorar esta no se debe prescindir, como decíamos, de factores como la naturaleza de los delitos por los que se cumple condena, entre ellas, los que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, así como la pertenencia o, simplemente, la colaboración con una organización terrorista, los cuales permanecen en el interno, pues, siendo cierto que su actividad delictiva se remonta a los años 80, no es menos cierto que su actitud respecto de la comisión de dichos delitos no ha cambiado; al contrario, consideramos que no ha habido una modificación positiva de factores directamente relacionados con esa actividad delictiva, según lo que hemos expuesto en el anterior razonamiento; y en cuanto a la alegación que se hace en el recurso de que ETA se ha disuelto, por lo que, como no exista, desaparece el motivo para la apli-

cación del régimen cerrado, lo cierto es que el interno sigue asumiendo sus postulados y siguiendo sus directrices reivindicativas hasta fecha reciente».

«Otras circunstancias apuntan en el mismo sentido de que el penado no asume el tratamiento, o bien sus responsabilidades, como que no tenemos constancia de una petición expresa e individualizada de perdón a sus víctimas, ni que haya hecho intento alguno de hacer frente a la reparación de daños y perjuicios causados con sus violentas acciones, o su participación en plantes y protestas reivindicativas junto con el colectivo del que forma parte, o su negativa, hasta fecha reciente, a firmar notificaciones, ante lo cual resulta razonable que en el informe psicológico se diga que es desfavorable la evolución conductual/orientación tratamental; y, por último, reiterar ese elevado riesgo de reiteración delictiva».

5. El segundo grado de régimen de vida normal, y el primer grado se puede considerar excepcional; lo que sucede es que la clasificación depende de valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso, de manera que, si se dan las excepcionales contempladas para la aplicación del régimen excepcional, como hemos expuesto más arriba que se dan, es este el que se deberá aplicar, y mantener mientras esa excepcionalidad persista. En el caso, estimamos con la Junta y el Juez que no se han consolidado los factores o circunstancias que permitan valorar en positivo su evolución para la progresión, por ello debe mantenerse en el mismo grado, porque todavía ese tratamiento no ha logrado los efectos favorables que lo permitan.

En atención a lo expuesto.

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno contra el auto de 25-02-2019 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria sobre continuidad en primer grado.

Voto particular que formula el magistrado R.S.V.

1. Expreso mi discrepancia con la decisión de la mayoría porque hace una lectura errónea de la clasificación penitenciaria, porque el segundo grado es el modo de vida que se convierte en el modelo diseñado por la ley como ordinario, de ahí su propia denominación, siendo excepcional el primer grado o régimen cerrado, ya que la ley lo contempla de manera

restrictiva para supuestos de peligrosidad criminal o penitenciaria, que no concurre en el caso según los informes de los técnicos de la Junta. No es el régimen cerrado un régimen de paso obligado, dada su naturaleza excepcional, ni tampoco una sanción. Ni puede aplicarse a una categoría de presos como son los condenados por terrorismo. En el caso, el recurrente va a extinguir toda la condena en régimen cerrado, porque está previsto el licenciamiento para agosto del 2020 y lleva en prisión veintidós años.

2. Serán clasificados en primer grado, en establecimientos y departamentos de régimen cerrado, que se caracterizan por la limitación de las actividades en común y por un mayor control y vigilancia, los penados calificados de peligrosidad extrema o de inadaptación a los regímenes ordinario o abierto hasta la desaparición de esas razones o circunstancias (artículo 10 de la Ley y 89 del Reglamento). El artículo 91.1 del Reglamento precisa que la inadaptación al régimen ordinario ha de ser manifiesta y el 102.5 añade que deberá ser grave; además, ha de ser permanente, es decir no ocasional, y constatarse a partir del fracaso de los recursos disciplinarios. La peligrosidad del condenado deberá inferirse de la naturaleza del delito o de las formas de ejecución siempre que denoten una personalidad agresiva, violenta y antisocial o de la pertenencia a organizaciones criminales (peligrosidad criminal) y la inadaptación penitenciaria (peligrosidad penitenciaria) ha de acreditarse analizando su conducta, ya sea por su participación en motines, plantes, agresiones, amenazas o coacciones, la comisión de infracciones disciplinarias muy graves o graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo y a la introducción o posesión de armas de fuego o el tráfico de drogas (artículo 102. 5 del reglamento). El segundo grado o régimen ordinario procede respecto a condenados en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia (artículo 102.3 reglamento).

3. La Instrucción 9/2007 de Instituciones Penitenciarias sobre «Clasificación y destino de penados», que carece de carácter normativo y solo ofrece directrices para la organización de los servicios, señala con buen criterio que «la aplicación del régimen cerrado no es una sanción y su objetivo ha de ser obtener, en el menor tiempo posible, la reincorporación del interno al régimen ordinario» y ello porque, como señala a continuación, «el régimen cerrado en su modo de cumplimiento tiene analogías con (el) aislamiento en celda». Los principios generales de establecimiento de este régimen cerrado son: «Su carácter excepcional, que implica que debe ser

entendido como la última solución, cuando no existan otros mecanismos disponibles, dado que se trata de un régimen de vida que intensifica la desocialización y dificulta la reintegración y la reinserción del interno (...) Transitoriedad. El tiempo que el interno esté en régimen cerrado ha de ser el imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario». En este caso lo excepcional se ha convertido en normal y lo transitorio o provisional en permanente y para toda la condena, algo que ahora convalidamos.

4. El interno se encuentra clasificado en régimen cerrado de manera ininterrumpida desde julio de 1997, fecha de su ingreso en prisión. Hecho que pone de manifiesto de que la práctica administrativa considera que es la clasificación ordinaria en atención exclusivamente al criterio del título de condena. No tiene sanciones y no ha sido sancionado desde 2015. Ha solicitado ingresar en los programas de tratamiento, pero no ha sido incluido todavía. El auto no valora estos datos, que revelan su adaptación al régimen penitenciario, su capacidad de hacer vida en común y su falta de peligrosidad para el orden y la convivencia en el establecimiento. Algo que debe tenerse en cuenta porque la norma prevé el primer grado cuando la inadaptación sea manifiesta y grave, lo que desmienten los hechos. Y mantenerle en régimen cerrado no respeta las pautas de la ley penitenciaria, ni el carácter excepcional y provisional de dicha clasificación que implica la imposición del régimen celular, la limitación de actividades en común y un mayor control y vigilancia. Además, niega el derecho a la progresión que enuncian los artículos 10.3 y 65.1 de la Ley Penitenciaria.

6. No hay peligrosidad criminal. Porque la organización terrorista ETA cesó su actividad en octubre de 2011 y se ha disuelto en mayo de 2018. La antigüedad de los hechos por los que cumple condena se remite a fechas anteriores a la entrada en vigor del Código de 1995, por lo que ha transcurrido un lapso de tiempo muy importante en la vida del condenado que no permite elevar un pronóstico actual de peligrosidad para el orden y la convivencia sobre ese dato de su historial delictivo. La no peligrosidad penitenciaria se pone de manifiesto por la ausencia de sanciones, la normal convivencia y la buena conducta. Es por ello que no se dan las circunstancias de hecho que constituyen el presupuesto fáctico de la clasificación en régimen cerrado.

7. Por fin, es menester señalar que estamos aplicando un tratamiento idéntico de negativa a clasificar en régimen ordinario a reclusos condena-

dos por delitos de terrorismo, lo que ha sido la práctica de la Administración penitenciaria, junto al alejamiento de sus familias y lugares de residencia. Decisiones que podrían conculcar las Reglas Penitenciarias Europeas, enunciadas en la Recomendación Rec. (2006) del Comité de Ministros de los Estados miembros, que en su apartado 53.6 establece que las medidas de máxima seguridad, como es el régimen celular de aislamiento o primer grado, deben aplicarse individualmente y no a los grupos de detenidos, que se desentiende de la ausencia de peligrosidad concreta que representa el preso para la comunidad interior del establecimiento.

13.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 08/05/2019

Se accede al principio de flexibilización del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado se recibió escrito de la representación del interno interponiendo recurso contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de fecha 13/02/2019, sobre su continuidad en PRIMER GRADO artículo 91.2 del Reglamento Penitenciario.

SEGUNDO. Unida la documentación pertinente, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó estimar en parte el recurso del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Dispone el artículo 100 del Reglamento Penitenciario que tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados; correspondiéndose al primer grado con un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas, lo que determina la aplicación de las normas del régimen cerrado, conforme al artículo 101.3 del propio Reglamento.

SEGUNDO. A tenor del artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario para determinar la clasificación las Juntas de Tratamiento ponderarán la

personalidad y el historial individual, familiar, social y delictiva del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

TERCERO. La clasificación del interno en primer grado depende de su peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando La concurrencia de los factores descritos en el artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario, a saber:

Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial; comisión de actos que atenten contra la vida a integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos; pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas, participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas coacciones; comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo; instrucción o posesión de armas de fuego en el establecimiento Penitenciaria, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

CUARTO. El artículo 89 del Reglamento Penitenciario dispone que el régimen cerrado, en consonancia con lo previsto en el artículo 10 de la ley Orgánica General Penitenciaria, será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto.

QUINTO. En el presente caso la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias acordó a continuidad en primer grado artículo 91.2 del Reglamento Penitenciario a la vista de que: “De la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable que permita ingerir, por el momento, su capacidad para una normal convivencia.

La naturaleza y gravedad de los hechos delictivos por los que ha sido condenado vinculados con la actividad de una organización terrorista, así como la cuantía de la condena impuesta, el impago de la responsabilidad

civil y el no reconocimiento del daño causado, determinan si continuidad en un régimen de vida cerrado, para garantizar el fin de su internamiento y la seguridad del centro”.

Se trata de un interno que cumple una condena, en su totalidad, de cincuenta años de prisión, en los procedimientos 55/2004 y 83/2005, de la Sección 4ª de lo Penal de la Audiencia Nacional, por la comisión de delitos relacionados con su integración en el seno de una organización terrorista o banda armada (colaboración y atentados).

Las fechas de cumplimiento son: 1/4: 25/09/2014; 1/2: 24/03/2027; 2/3: 21/07/203; y 3/4: 19/09/2039 y 4/4: 17/03/2052.

Los factores de adaptación con los que cuenta el interno son: primer ingreso en prisión, correcta participación en actividades programadas, favorable evolución en programas de tratamiento, apoyo familiar, adecuado nivel formativo/educativo, ausencia de adicciones, no asunción de valores marginales/delincuenciales y asunción de a responsabilidad delictiva.

Factores positivos a lo que habría que añadir que, a nivel conductual, sigue con una conducta gremial, aunque lentamente va manifestando cierto cambio como ser algo más comunicativo con los internos y compañeros de módulo, así como con funcionarios y personal que allí trabajan. Ha pasado de una actitud de desdén y de intentar pasar desapercibido a hacer gradualmente manifiesta su presencia. Su localización habitual sigue siendo la biblioteca, el taller de cuero y la práctica de deporte, en definitiva, intentando estar activo. Se encuentra ubicado en un módulo ordinario, realizando un régimen de vida casi análogo al resto de los internos del módulo. Las únicas limitaciones las marca seguridad.

Su evolución es más positiva, entendida como actitud menos agresiva y más tendente al diálogo con interno y personal; más implicado en actividades. Poco a poco está asumiendo responsabilidades dentro del departamento e interés en que haya constancia administrativa de ello. Actualmente, sus actividades son: como responsable de la actividad ocupacional del taller de cuero, actividad de marquería, destino de limpieza de talleres y actividades deportivas.

Actualmente, le constan la cancelación de sanciones, la última de fecha 13/02/2019, así como 6 recompensas.

Respecto al área criminológica, presenta un posicionamiento ambiguo respecto al delito realizando una precaria introspección; por un lado, asume los hechos delictivos por los que cumple condena, pero, por otro lado, tiene la visión de que esos hechos fueron resultado de un conflicto armado en el que hubo consecuencias negativas para los dos bandos. Es consciente del daño ocasionado con sus actos, pero muestra un nivel bajo de empatía hacia las víctimas porque según refiere él, también se siente víctima. Muestra algunas distorsiones cognitivas como la sobre generalización y pensamiento dicotómico nosotros-ellos, haciendo una clara diferencia entre el endogrupo (con el que esta fusionado a nivel identidad) y el exogrupo (al que no importa atacar y se justifica ese ataque si se percibe amanezca a la identidad personal o social). Refiere que no quiere que se repita la historia y describe que le gustaría que de verdad se llegara a un proceso de entendimiento real y no sólo a una frase movida por los intereses políticos reinantes en cada momento, llegando a una restauración del daño cara todos, por lo que es más sensible al daño padecido (prisión, alejamiento de su familia, etc.) que al daño causado con sus actos.

En cuanto a los factores negativos o de inadaptación caben resaltar; tipo de delito con especial gravedad de los hechos, especialmente violentos, delito que exige un elevado grado de planificación, pertenencia a organización criminal, duración de la pena impuesta, ausencia de permisos que permitan valorar su adaptación, falta de percepción del daño causado por el delito y no satisfacción de la responsabilidad civil.

SEXTO. Ante esta situación, resulta plenamente razonable la argumentación esgrimida por el Ministerio Fiscal, cuyo párrafo TERCERO de su informe reproduzco literalmente: “Ahora bien, siendo rotundamente inadecuado el procedimiento, no lo es tanto el criterio que guía la decisión; la administración, por una vía de hecho, ha llegado a la conclusión de que no subsisten las razones para mantener o un interno en un régimen de primer grado que se han explicado en el apartado primero y por ello ha decidido ubicarle en un módulo de grado distinto, haciendo oídos sordos a la legislación que exige que el interno de primer grado se le destine a un módulo de primer grado (artículo 20 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y desconociendo el principio básico de separación de los artículos 26 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 99 del Reglamento Penitenciario. La medida, si bien formalmente no tiene soporte en un acuerdo fundamentado, en lo práctico está sustentada en la propia observación del interno

que hace lo administración actuante que, sin embargo, adolece de falta de coherencia y no da el poso que debiera dar, cual es, bien una flexibilización de grado, bien una progresión completo. Nos encontramos, pues ante una nueva clasificación de facto, por debilitación o desaparición de los factores antedichos, pero amparada en los criterios que recoge el artículo 92.2 del Reglamento Penitenciario: procederá, en todo caso, la propuesta de reasignación de la modalidad en el sistema de vida de los penados destinadas en departamentos especiales que muestre una evolución positiva, ponderando, entre otros, factores tales como: a) el interés por la participación en las actividades programadas, b) la cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante periodos prolongados de tiempo, c) una adecuada relación con los demás”.

Por otra parte, cabe decir que, si la Administración Penitenciaria ha ubicado al penado en un módulo de régimen ordinario es porque valora tanto la ausencia de peligrosidad como de inadaptación propias del primer grado de tratamiento penitenciario. Es, por estos motivos, tiempo de potenciar la vía tratamental por lo que, de conformidad con el Ministerio Fiscal debe accederse inicialmente a un principio de flexibilización del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, por lo que el recurso ha de estimarse de manera parcial

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

ACUERDO

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación del interno, contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 13/02/2019, manteniéndose el primer grado penitenciario, pero con aplicación del principio de flexibilización recogido en el artículo 100.2.

14.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 17/09/2019

Se estima recurso de Ministerio Fiscal. Una progresión prematura puede perjudicar al tratamiento del interno.

HECHOS

I. Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno D. del Centro Penitenciario de Madrid VI-Aranjuez, en la que el Ministerio Fiscal interpone recurso contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 16/08/2019, por el que se progresa al interno a tercer grado de tratamiento.

II. Se dio traslado del recurso del Ministerio Fiscal al interno para que formulara alegaciones en el plazo de cinco días, que han quedado unidas a las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I. El recurso del Ministerio Fiscal se fundamenta en que no concurren las variables necesarias para la progresión a tercer grado en atención fundamentalmente a que el interno cumple condena de 7 años, 10 meses y 159 días por delitos de homicidio, 2 de lesiones, daños, resistencia y dos faltas de lesiones, y que no cumplirá las $\frac{3}{4}$ partes de la condena hasta el 10/03/2020 y la definitiva hasta el 03/04/2022, además la Junta de Tratamiento por unanimidad elevó propuesta de mantenimiento en segundo grado consignando como factores de inadaptación, entre otros, la larga trayectoria delictiva, y riesgo auto/hetero agresivo, y que el interno no se reincorporó de un permiso en el año 2016, haciéndose necesario al haber disfrutado sólo de 4 permisos, de aumentar el número de éstos para valorar una auténtica evolución positiva que le haga merecedor del régimen abierto, señalando el Ministerio Fiscal que no se han valorado por el Centro Directivo adecuadamente dichas variables, toda vez que las circunstancias concurrentes en el interno no justifican la clasificación acordada, atendiendo tanto a la actividad delictiva del penado, como a sus circunstancias personales y penitenciarias, que no aconsejan que disfrute de un régimen de vida de semilibertad, sino que debe continuar en segundo grado hasta que disminuyan o desaparezcan los factores de desadaptación. Y que la

concesión en tales circunstancias del régimen abierto, dada su situación penal y penitenciaria viene a frustrar el principio de prevención general de la pena privativa de libertad.

II. El artículo 63 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria establece 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 solo 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”.

En desarrollo de tales previsiones, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, prevé en su artículo 102, apartado 2, que “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”.

El artículo 106 del Reglamento dispone en su apartado 1 que “la evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno” y aclara en el apartado 2 que “la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad”.

En lo que al tercer grado concierne, el artículo 102 prevé en su apartado 4 que “se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”. En cambio, procederá la clasificación del penado en segundo grado cuando se aprecien en él “circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, de momento, en semilibertad”.

III. El acuerdo del Centro Directivo recurrido se aparta del acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento de continuidad en segundo grado de tratamiento, con una escueta motivación señalando: “se infiere la existencia de cierta evolución positiva en la conducta del interno, apreciándose circunstancias personales y penitenciarias que le capacitan para llevar una vida en régimen de semilibertad, con las medidas de control y tutela adecuadas por los siguientes motivos:

El constituir su primer ingreso en prisión, haber cumplido ya las 2/3 partes de las condenas impuestas, una adecuada participación en actividades de reinserción y el disfrute de permisos con apoyo familiar vinculante, son hechos que avalan el cambio a un régimen de semilibertad”.

Partiendo de la regulación legal y reglamentaria, por este Juzgado se comparte el criterio del Ministerio Fiscal, de que, por el momento, no puede inferirse una capacidad en el penado para llevar un régimen de vida en semilibertad, pues independientemente de las alegaciones que realiza el interno en orden a los factores positivos concurrentes y relativos a su evolución, alguno de los cuales constan en la resolución recurrida, lo cierto es que en el acuerdo de mantenimiento en segundo grado, realizado por unanimidad por la Junta de Tratamiento constan suficientes argumentos que permiten entender que la decisión de mantenimiento en segundo grado era la adecuada y proporcionada a las circunstancias evaluadas, y no la progresión a tercer grado efectuada por el Centro Directivo.

Así consta en la fecha de la revisión de grado que el interno:

- estaba cumpliendo condena por delitos muy graves (homicidio, 3 de lesiones, daños, desobediencia y 2 faltas de lesiones y una falta de daños),
- cumple por 6 delitos y 3 faltas,
- consta larga trayectoria delictiva,
- hechos delictivos especialmente violentos,
- riesgo auto/hetero agresivo,
- larga condena (7 años, 10 meses y 159 días),
- lejanía de la fecha de cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes (10/03/2020) y de la libertad definitiva (03/04/2022),
- dos órdenes de alejamiento vigentes,

- evasión durante un permiso (del 17/06/2016 al 11/07/2016),
- sólo había disfrutado de 4 permisos, todos ellos durante el año 2019 (en un lapso de cinco meses, desde el 28/03/2019 al 07/07/2019),
- no consta satisfecha la responsabilidad civil que asciende a 52.612,17 euros (de los que parece sólo ha satisfecho 3.560 euros, según los justificantes de pago que constan en las actuaciones, con pagos de 1050 en el año 2014, 2400 euros en el año 2015 y 110 euros en el año 2019 en tres pagos de 50, 30 y 30 euros), no constando un compromiso de pago aplazado aprobado por el Tribunal Sentenciador conforme al artículo 125 del Código Penal,
- siendo el pronóstico actual de reincidencia medio-alto.

Y el tercer grado concedido por el Centro Directivo, recurrido por el Ministerio Fiscal y cuyo mantenimiento solicita el interno en las alegaciones efectuadas ante este órgano jurisdiccional, no es procedente, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes ya detalladas anteriormente, que exigen un mayor periodo de cumplimiento en régimen ordinario estricto, y de observación, y evaluación de los objetivos programados durante el disfrute de los permisos de salida, para que puedan garantizarse los fines de prevención general y especial que tienen asignadas las penas, no habiendo justificado suficientemente el Centro Directivo porqué se aparta del acuerdo de la Junta de Tratamiento.

Considerándose necesario a la vista de los anteriores factores un mayor período de observación, de evaluación del programa de tratamiento, un mayor compromiso de pago de la responsabilidad civil impuesta como manifestación de la asunción objetiva de la responsabilidad delictiva, y parte intrínseca del tratamiento del interno, y el previo disfrute regular de un mayor número de permisos, evaluados positivamente, para poder valorar si está capacitado para una vida en régimen de semilibertad, por lo que procede la estimación del recurso.

No resulta contrario, sino adecuado al tratamiento del interno, el mantenimiento en segundo grado, no pudiendo obviarse que una progresión prematura, lejos de favorecer el tratamiento lo perjudica. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 106 del Reglamento penitenciario, no procede en estos momentos la progresión de grado, debiendo transcurrir mayor tiempo

de consolidación del tratamiento hasta alcanzar la evolución que revele la capacidad para acceder al régimen de semilibertad.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal referente al interno D. del Centro Penitenciario de Madrid VI-Aranjuez contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 16/08/2019, progresándole a tercer grado de tratamiento, que queda sin efecto, recuperando la clasificación anterior a la progresión.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Centro Penitenciario y entréguese copia al interno, informándole que podrá formular recurso de reforma ante este Juzgado en el término de tres días, o bien recurso de apelación en el plazo de cinco días para ante el Tribunal Sentenciador, o bien podrá interponer éste último subsidiariamente al interponer el recurso de reforma.

Esta resolución es inmediatamente ejecutiva.

15.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 04/11/2019

Se estima recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la progresión a 2º grado de interno condenado por delito de terrorismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, dictó Auto de fecha 18 de julio de 2019 por el que se estimaba la queja formulada por el interno y se acordaba su progresión al segundo grado.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 23 de julio de 2019, formulo recurso de apelación contra la mentada resolución.

TERCERO.- Dado traslado a la defensa de la interno, se presentó escrito en el que solicitaba la confirmación de la resolución recurrida dictada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria por las razones que se expresan en dicho escrito.

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

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación contra la resolución del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria mediante el cual se accede a la progresión de grado (a segundo grado penitenciario) del interno estimando así la queja que formuló en su día contra la decisión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. El recurso se basa (esencialmente en describir los factores de inadaptación del interno y, por el contrario, poner de relieve los factores positivos y de adaptación, refiriendo igualmente los motivos en los que se basó la decisión de Instituciones Penitenciarias.

SEGUNDO.- Examinado el contenido del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal procede la estimación del mismo debiendo revocarse la decisión del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, y, en consecuencia, mantener al interno en primer grado penitenciario. El artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en su apartado primero, nos dice que la evolución en el tratamiento determinara 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”. Por su parte este mismo precepto, en su apartado segundo, y de forma más concreta, alude a que “...la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con le actividad delictiva se manifestará en la conducta global del interno y entrañara un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad”. Por otra parte, el artículo 72 de dicho texto legal refiere en su apartado cuarto que en

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

El Reglamento Penitenciario regula la progresión y regresión de grado en el artículo 106 diciendo en su apartado primero que La evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno, repitiendo el citado precepto en su apartado segundo las condiciones da las que depende la progresión de grado y las que alude el artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria antes mencionado. En consecuencia podemos afirmar, como lo hace el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 3-8 2016, que la progresión de grado viene estrechamente relacionada con la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo..., así como la duración de las penas y el medio social al que habrá de retomar el interno o la interna..., y añade que “...el dato relevante para acordar la clasificación o progresión en los distintos grados está presidida 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 último fin de la pena, esto es, la reeducación y reinserción social.

La reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, y más concretamente del artículo 36.2, dispone que “...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”, por lo que parece que el legislador en la nueva redacción dada al precepto debe jugar un papel relevante la peligrosidad criminal del reo a semejanza de lo que se dispone en el artículo 78 del citado texto legal.

TERCERO.- En el presente caso que nos ocupa, existe un acuerdo de Instituciones Penitenciarias en el que se deniega al interno la progresión de grado a pesar del acuerdo un anime de la Junta de Tratamiento, por cuanto que concurren una seria de factores y de causas que aconsejan su denegación como lo son su larga trayectoria delictiva, la especial gravedad de los hechos, hechos especialmente violentos, delitos que exigen un elevado grado de planificación y la condena impuesta al interno, su pertenencia a una organización criminal, cuantía de a condena impuesta, tiempo de condena pendiente de cumplimiento, no cumplimiento de la mitad de la condena y falta de percepción del daño cometido.

Son los factores positivos o de adaptación los que se han tenido en cuenta por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, a pesar de la resolución administrativa de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, factores que tiene su fundamento en el contenido de los distintos informes obrantes en el expediente emitidos por los profesionales del Centro Penitenciario.

Por otro lado no podemos dejar de lado otros datos importantes. El primero de ellos es la condena de 20 años como límite máximo que se le impuso al interno, como consecuencia de la comisión de dos delitos asesinato en grado de tentativa consistentes en haber arrojado artefactos incendiarios en el interior de un vehículo camuflado donde viajaban dos Ertzaintzas causándoles las lesiones que se describen en los hechos probados de la sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Audiencia Nacional, así como por un delito de daños terroristas. En segundo lugar, el interno ha cumplido la cuarta parte de la condena, si bien no ha llegado a la mitad de la misma, que lo hace el 17 de octubre de 2020. El régimen penitenciario es de primer grado, si bien, está instalado en un módulo de segundo grado, donde desarrolla distintas actividades ocupaciones y cursa estudios de la UNED desde el año 2016. En tercer lugar, el informe del psicólogo, señala en el apartado del área criminógena que el interno presenta un posicionamiento ambiguo, por un lado, no asume ni plena ni correctamente su responsabilidad delictiva en los hechos haciendo una precaria introspección de las causas y consecuencias de su conducta. Y, por otro lado, es consciente del daño ocasionado con sus actos ni se alegra ni se siente orgulloso de ellos. Muestra empatía con el dolor de las víctimas y refiere que el daño se ocasionó en los dos bandos sintiéndose él también una víctima pero que no quiere que se repita la historia y le gustaría que se llegara a un entendimiento y a una restitución para las dos partes. En cuarto lugar, no consta que se haya satisfecho la responsabilidad civil de los delitos cometidos, ni realizado algún acto que evidencie o demuestre, al menos de forma mínima, este deseo de satisfacción de dicha responsabilidad civil, como tampoco consta que hubiera pedido perdón a las víctimas o muestre algún atisbo de arrepentimiento con ellas. En quinto lugar, el interno ha tenido varias sanciones, y dada la evolución del tratamiento se ha mantenido en la no comisión de nuevas infracciones disciplinarias.

Teniendo en cuenta la trayectoria delictiva del interno, de los delitos especialmente graves cometidos por los que cumple el máximo de condena,

20 años de prisión, que no ha dado ninguna muestra de pedir perdón a las víctimas del delito, ni de satisfacer la responsabilidad civil, dado el tiempo de cumplimiento de condena, que no llega a la mitad de la misma, es por lo que, a pesar del informe mayoritario favorable de la Junta de Tratamiento debe mantenerse en el primer grado penitenciario, de acuerdo con lo que dictó la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y debiendo llevarse a cabo aún una plena consolidación de dicho tratamiento.

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

LA SALA DIJO Que debía estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, debiendo revocar el auto de 18 de julio de 2019 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, manteniendo la clasificación en el primer grado de tratamiento penitenciario del interno.

16.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 15/11/2019

No ha lugar a la aprobación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. No se cumplen con los requisitos de excepcionalidad y la justificación en un programa de tratamiento que no pueda ejecutarse de otro modo.

HECHOS

I.- La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Madrid VI-Aranjuez de fecha 20/06/2019 acordó por unanimidad el mantenimiento en segundo grado del interno S., que formuló recurso al Centro Directivo, con arreglo al artículo 105.2 del Reglamento Penitenciario, que apartándose de la propuesta acordó, en fecha 16/08/2019, la progresión del interno a tercer grado de tratamiento.

II.- En fecha 23/08/2019 el Ministerio Fiscal interpuso recurso contra el acuerdo de progresión de grado, que tras los trámites legales dio lugar a que este Juzgado, por auto de fecha 17/09/2019, estimara el recurso del

Fiscal, dejando sin efecto el tercer grado concedido, por lo que el interno recuperó el segundo grado, clasificación anterior a la progresión por el Centro Directivo.

III.- El auto de 17/09/2019 literalmente dice:

“AUTO

En Madrid, a 17 de septiembre de 2019.

Dada cuenta, y,

HECHOS

I.- Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno S. del Centro Penitenciario de Madrid VI-Aranjuez, en la que el Ministerio Fiscal interpone recurso contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 16/08/2019, por el que se progresa al interno a tercer grado de tratamiento.

II.- Se dio traslado del recurso del Ministerio Fiscal al interno para que formulara alegaciones en el plazo de cinco días, que han quedado unidas a las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- El recurso del Ministerio Fiscal se fundamenta en que no concurren las variables necesarias para la progresión a tercer grado en atención fundamentalmente a que el interno cumple condena de 7 años, 10 meses y 159 días por delitos de homicidio, 2 de lesiones, daños, resistencia y dos faltas de lesiones, y que no cumplirá las 3/4 partes de la condena hasta el 10/03/2020 y la definitiva hasta el 03/04/2022, además la Junta de Tratamiento por unanimidad elevó propuesta de mantenimiento en segundo grado consignando como factores de inadaptación, entre otros, la larga trayectoria delictiva, y riesgo auto/hetero agresivo, y que el interno no se reincorporó de un permiso en el año 2016, haciéndose necesario al haber disfrutado sólo de 4 permisos, de aumentar el número de éstos para valorar una auténtica evolución positiva que le haga merecedor del régimen abierto, señalando el Ministerio Fiscal que no se han valorado por el Centro Directivo adecuadamente dichas variables, toda vez que las circunstancias concurrentes en el interno no justifican la clasificación acordada, atendien-

do tanto a la actividad delictiva del penado, como a sus circunstancias personales y penitenciarias, que no aconsejan que disfrute de un régimen de vida de semilibertad, sino que debe continuar en segundo grado hasta que disminuyan o desaparezcan los factores de desadaptación. Y que la concesión en tales circunstancias del régimen abierto, dada su situación penal y penitenciaria viene a frustrar el principio de prevención general de la pena privativa de libertad.

II.- El artículo 63 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria establece 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 solo 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.”.

En desarrollo de tales previsiones, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, prevé en su artículo 102, apartado 2, que “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 retome el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

El artículo 106 del Reglamento dispone en su apartado 1 que “la evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno” y aclara en el apartado 2 que “la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad”.

En lo que al tercer grado concierne, el artículo 102 prevé en su apartado 4 que “se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”. En cambio, procederá la clasificación del penado en segun-

do grado cuando se aprecien en él “circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, de momento, en semilibertad”.

III.- El acuerdo del Centro Directivo recurrido se aparta del acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento de continuidad en segundo grado de tratamiento, con una escueta motivación señalando: “se infiere la existencia de cierta evolución positiva en la conducta del interno, apreciándose circunstancias personales y penitenciarias que le capacitan para llevar una vida en régimen de semilibertad, con las medidas de control y tutela adecuadas por los siguientes motivos:

El constituir su primer ingreso en prisión, haber cumplido ya las 2/3 partes de las condenas impuestas, una adecuada participación en actividades de reinserción y el disfrute de permisos con apoyo familiar vinculante, son hechos que avalan el cambio a un régimen de semilibertad”.

Partiendo de la regulación legal y reglamentaria, por este Juzgado se comparte el criterio del Ministerio Fiscal, de que, por el momento, no puede inferirse una capacidad en el penado para llevar un régimen de vida en semilibertad, pues independientemente de las alegaciones que realiza el interno en orden a los factores positivos concurrentes y relativos a su evolución, alguno de los cuales constan en la resolución recurrida, lo cierto es que en el acuerdo de mantenimiento en segundo grado, realizado por unanimidad por la Junta de Tratamiento constan suficientes argumentos que permiten entender que la decisión de mantenimiento en segundo grado era la adecuada y proporcionada a las circunstancias evaluadas, y no la progresión a tercer grado efectuada por el Centro Directivo.

Así consta en la fecha de la revisión de grado que el interno:

- estaba cumpliendo condena por delitos muy graves (homicidio, 3 de lesiones, daños, desobediencia y 2 faltas de lesiones y una falta de daños),
- cumple por 6 delitos y 3 faltas,
- consta larga trayectoria delictiva,
- hechos delictivos especialmente violentos,
- riesgo auto/hetero agresivo,
- larga condena (1 años, 10 meses y 159 días),

- lejanía de la fecha de cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes (10/03/2020) y de la libertad definitiva (03/04/2022),
- dos órdenes de alejamiento vigentes,
- evasión durante un permiso (del 17/06/2016 al 11/07/2016),
- sólo había disfrutado de 4 permisos, todos ellos durante el año 2019 (en un lapso de cinco meses, desde el 28/03/2019 al 07/07/2019),
- no consta satisfecha la responsabilidad civil que asciende a 52.612,17 euros (de los que parece sólo ha satisfecho 3.560 euros, según los justificantes de pago que constan en las actuaciones, con pagos de 1050 en el año 2014, 2400 euros en el año 2015 y 110 euros en el año 2019 en tres pagos de 50, 30 y 30 euros), no constando un compromiso de pago aplazado aprobado por el Tribunal Sentenciador conforme al artículo 125 del Código Penal,
- siendo el pronóstico actual de reincidencia medio-alto.

Y el tercer grado concedido por el Centro Directivo, recurrido por el Ministerio Fiscal y cuyo mantenimiento solicita el interno en las alegaciones efectuadas ante este órgano jurisdiccional, no es procedente, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes ya detalladas anteriormente, que exigen un mayor período de cumplimiento en régimen ordinario estricto, y de observación, y evaluación de los objetivos programados durante el disfrute de los permisos de salida, para que puedan garantizarse los fines de prevención general y especial que tienen asignadas las penas, no habiendo justificado suficientemente el Centro Directivo porqué se aparta del acuerdo de la Junta de Tratamiento.

Considerándose necesario a la vista de los anteriores factores un mayor período de observación, de evaluación del programa de tratamiento, un mayor compromiso de pago de la responsabilidad civil impuesta como manifestación de la asunción objetiva de la responsabilidad delictiva, y parte intrínseca del tratamiento del interno, y el previo disfrute regular de un mayor número de permisos, evaluados positivamente, para poder valorar si está capacitado para una vida en régimen de semilibertad, por lo que procede la estimación del recurso.

No resulta contrario, sino adecuado al tratamiento del interno, el mantenimiento en segundo grado, no pudiendo obviarse que una progresión

prematura, lejos de favorecer el tratamiento lo perjudica. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 106 del Reglamento penitenciario, no procede en estos momentos la progresión de grado, debiendo transcurrir mayor tiempo de consolidación del tratamiento hasta alcanzar la evolución que revele la capacidad para acceder al régimen de semilibertad.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal referente al interno S. del Centro Penitenciario de Madrid VI-Aranjuez contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 16/08/2019, progresándole a tercer grado de tratamiento, que queda sin efecto, recuperando la clasificación anterior a la progresión.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Centro Penitenciario y entréguese copia al interno, informándole que podrá formular recurso de reforma ante este Juzgado en el término de tres días, o bien recurso de apelación en el plazo de cinco días para ante el Tribunal Sentenciador, o bien podrá interponer este último subsidiariamente al interponer el recurso de reforma.

Esta resolución es inmediatamente ejecutiva.

Así lo acuerda, manda y firma la Ilma. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe”.

IV.- La Junta de Tratamiento del Centro, en fecha 10/10/2019, revisa la clasificación acordando, por unanimidad, el mantenimiento en segundo grado, con aplicación del principio de flexibilidad del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, y lo motiva con los siguientes términos:

“La gravedad de los hechos delictivos y la cuantía de la condena imputada son factores que aconsejan el mantenimiento del interno en segundo grado de tratamiento si bien el avanzado estado en el cumplimiento de esa condena aconseja la aplicación de las características propias del principio

de flexibilidad del 100.2 para evitar un estancamiento en su favorable evolución y garantizar así la realización de sus estudios universitarios, que no podría realizar de otra forma que no fuera la descrita”.

V.- El Centro Directivo por acuerdo de fecha 25/10/2019, acuerda secundar la propuesta del centro penitenciario, y acuerda el mantenimiento en segundo grado, con aplicación del principio de flexibilidad del artículo 100.2 del Reglamento, y lo motiva con los siguientes términos:

“De la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable que aconseje su ubicación plena en el régimen de vida en semilibertad. Sí se constatan condiciones que permiten la aplicación de aspectos propios del tercer grado con el fin de posibilitar la ejecución de un programa específico.

De conformidad con lo previsto en el artículo 117 del Reglamento Penitenciario dicho programa se concreta en la realización de salidas regulares estrictamente necesarias a una institución exterior, consistentes en la participación en estudios universitarios en Universidad Francisco de Vitoria”.

VI.- En fecha 11/11/2019 tiene entrada en este Juzgado toda la documentación relacionada anteriormente para que este Juzgado proceda a la aprobación de la propuesta de aplicación del principio de flexibilidad previsto en el Art. 100.2 del Reglamento Penitenciario a favor del interno S.

VII.- Se dio traslado de la citada propuesta al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentido que consta en las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

II.- En el presente supuesto la propuesta no reúne los requisitos establecidos reglamentariamente por lo que no procede su aprobación.

En cuanto al fondo del asunto hay que precisar que el principio de flexibilidad es una medida de carácter excepcional, dado que carece de cobertura en la Ley Orgánica General Penitenciaria, habiéndose introducido en el Reglamento Penitenciario de 1996, y debe estar justificado en la ejecución de un programa de tratamiento, que no pueda ejecutarse de otro modo.

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lo justifica en las salidas estrictamente necesarias a una institución exterior, consistentes en la participación en estudios universitarios en la Universidad Francisco de Vitoria, sin embargo, consta en la documentación obrante en el expediente que el interno está matriculado en la UNED, para cursar Ingeniería informática, y, que, por tanto, esos estudios se pueden realizar en prisión sin necesidad de ninguna salida al exterior, y que se está tramitando el cambio de matrícula a una universidad elegida caprichosamente (Universidad Francisco de Vitoria), sin esperar a que este Juzgado lo apruebe, es más, desconoce este juzgador las razones a las que obedece la inmediata ejecutividad del programa y su destino al CIS Victoria Kent, centro penitenciario de actual cumplimiento, toda vez que las correspondientes salidas no podrían llevarse a acabo hasta formalizar el traslado universitario, todo ello sin perjuicio de la aludida necesidad de autorización judicial del principio de flexibilidad.

Y llama la atención que eso lo justifique en el artículo 117 del Reglamento Penitenciario, que nada tiene que ver con el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, y que fue introducido sin fundamento normativo o jurisprudencial alguno por la Instrucción 3/2008 de la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias, contraviniendo el criterio prácticamente unánime de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y la propia redacción literal del artículo 117 del Reglamento Penitenciario, que regula las salidas regimentales para la ejecución de un programa de atención especializada, para penados clasificados en segundo grado de tratamiento, como es el caso presente, requiriendo para ello que tengan un perfil de baja peligrosidad social y que no ofrezcan riesgo de quebrantamiento de condena, y, que por tanto, no requiere la aplicación de ningún elemento propio del tercer grado, y por ello, no necesita la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento, que exclusivamente está previsto para aquellos supuestos en que deba ejecutarse un programa de tratamiento y se necesite algún

elemento de otro grado al que tenga asignado el penado. En este sentido se ha pronunciado recientemente en un asunto de relevancia social el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de fecha 17/09/2019 ratificado por el auto de fecha 25/10/2019 de la Audiencia Provincial de Ávila.

En definitiva, los estudios universitarios pueden realizarse en prisión a través de la UNED, no siendo necesario salidas para su ejecución. Las salidas de fines de semana alternos que se proponen nada tienen que ver con la realización de estudios universitarios que motivan el acuerdo. Y, en el caso de que dialécticamente se pudiera considerar necesario, no requeriría la aplicación del artículo 100.2 puesto que el artículo 117 da cobertura a esas salidas para los penados en segundo grado de tratamiento, que es el que ostenta el interno.

La motivación que hace la Junta en su propuesta realmente no puede fundamentar la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario porque lo que hace, y la Secretaría General al aprobarlo, motivándolo en que “no se desprende una evolución suficientemente favorable que aconseje su ubicación plena en el régimen de vida en semilibertad”, es crear un “tertiusgenus”, una especie de grado intermedio entre el segundo y tercer grado, un segundo grado y medio, una “ubicación no plena en el régimen de semilibertad”, en los términos de la Secretaría General, que carece de cobertura legal, y además infringe sus propias instrucciones, que aún no teniendo carácter normativo, por lo que no vinculan a los jueces ni pueden afectar a los derechos de los internos, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, si vinculan a la Administración que las dicta; en concreto, la Instrucción 9/2007 que expresamente establece en su punto 3.4 “que no configura uno o varios grados intermedios dentro del sistema de clasificación, grados que vienen tasados en la propia Ley Orgánica General Penitenciaria”, porque nada tiene que ver el avanzado estado de cumplimiento, con la aplicación del artículo 100.2 que, como se ha señalado, tiene un carácter excepcional y debe estar motivado en la ejecución de un determinado programa de tratamiento, con independencia del momento temporal de cumplimiento, que no pueda ejecutarse de otra forma, fundamento que no concurre en el presente caso.

En cuanto a la forma utilizada, llama poderosamente la atención el cambio de criterio de la Junta de Tratamiento que ha pasado de sostener por unanimidad en fecha 20/06/2019 que lo procedente es el segundo grado, a

por unanimidad en fecha 10/10/2019 sostener que procede el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, y que ese cambio de criterio se produzca aún a sabiendas de que el Juzgado en fecha 17/09/2019 estimó el recurso del Ministerio Fiscal y dejó sin efecto la clasificación en tercer grado que acordó la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en contra del criterio de la Junta de Tratamiento, habiendo adelantado la revisión de la clasificación, sin que hubieran transcurrido los 6 meses establecidos legalmente para la revisión (2 meses y 10 días antes de la fecha límite para la práctica de la siguiente revisión de grado), no motivando las razones específicas que determinaron el adelantamiento de la misma, sin que haya cambiado la situación del interno, ni haya acontecido ningún hecho extraordinario, pues en ningún caso puede tener tal carácter el que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es quien controla la legalidad de la actuación de la Administración Penitenciaria, en el ejercicio de sus funciones, dicte una resolución. Y todo ello, teniendo en cuenta los elementos negativos que constan en el protocolo de clasificación que concluye con el pronóstico de reincidencia medio-alto, tras hacer referencia a la gravedad de los hechos, los hechos delictivos especialmente violentos, la no satisfacción de la responsabilidad civil que asciende a 52.612,17 euros, constan dos órdenes de alejamiento en vigor, una referente a P. hasta el 18/01/2021, y otra respecto a S. hasta el 04/05/2020, y la imposición de libertad vigilada postpenitenciaria durante 5 años, y que lleva disfrutando de permisos un escaso período de tiempo (desde el 28/03/2019), sin que conste evaluación alguna de los objetivos alcanzados en la programación de su efectivo disfrute. En definitiva subsisten todos los elementos negativos que se pusieron de manifiesto por el Juzgado en el auto de fecha 17/09/2019:

“- estaba cumpliendo condena por delitos muy graves (homicidio, 3 de lesiones, daños, desobediencia y 2 faltas de lesiones y una falta de daños),

- cumple por 6 delitos y 3 faltas,
- consta larga trayectoria delictiva,
- hechos delictivos especialmente violentos,
- riesgo auto/hetero agresivo,
- larga condena (7 años, 10 meses y 159 días),
- lejanía de la fecha de cumplimiento de las 3/4 partes (10/03/2020) y de la libertad definitiva (03/04/2022),

- dos órdenes de alejamiento vigentes,
- evasión durante un permiso (del 17/06/2016 al 11/07/2016)”.

En definitiva, y tras examinar los argumentos de fondo y forma antes expuestos, debe concluirse que la Administración Penitenciaria debe ser muy escrupulosa al ejecutar las resoluciones judiciales, que está obligada a cumplir, y no buscar terceras vías, que lo único que constituyen son un auténtico fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), para conseguir mantener sus actos, modificándolos formalmente para conseguir el mismo resultado al que conducía la resolución revocada, y dejada sin efecto por la autoridad judicial competente para la revisión de sus actos, y para controlar la legalidad de su actuación, a fin de evitar incurrir en otro tipo de responsabilidades.

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

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a la aprobación de la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario al interno S. del Centro Penitenciario de Madrid VI-Aranjuez, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución, debiendo el interno continuar cumpliendo condena en régimen ordinario en segundo grado de tratamiento, conforme acordó este Juzgado en auto de fecha 17/09/2019.

CAPÍTULO III

COMUNICACIONES

17.- AUTO 895/2019 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 12/09/2019

El artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario no establece una periodicidad de las comunicaciones de convivencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), en autos nº Rollo de Sala 12049/2018, dimanante de Expediente Penitenciario nº 2981/2018 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla, se dictó auto de fecha 4 de febrero de 2019, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

“DESESTIMAR el recurso apelación interpuesto por el interno P., y confirmar los autos de fecha 14 de septiembre de 2018 y de 15 de octubre de 2018, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla en el Expediente Penitenciario nº 2981/2018, declarando no haber lugar a la estimación de la queja formulada por el interno contra la decisión del Centro Penitenciario de Sevilla de denegar al interno nueva convivencia con su mujer y su hija de dos años, al tener concedida ya una en ese trimestre”.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso recurso de casación por P., mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales.

El recurrente menciona como motivo susceptible de casación al amparo de la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la contradicción existente entre el auto impugnado y los designados como resoluciones de contraste, autos nº 1731/2003, de 10 de julio, 1468/2003, de 19 de julio, y 2508/2003, de 22 de octubre, dictados por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la sustanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Excmo. Sr. Magistrado D. A.

En aplicación de las citadas normas de reparto, el Excmo. Sr. Magistrado D. A. sustituye al Excmo. Sr. Magistrado D. J. (por razones de licencia oficial), en la deliberación y el dictado de esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se formaliza por la representación procesal del recurrente recurso de casación contra el auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 4 de febrero de 2019, que desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla.

A) El recurrente alega en el recurso que el auto recurrido presenta contradicción con los autos citados como de contraste, pues en estos últimos las comunicaciones de convivencia se conceden con periodicidad menor al trimestre.

B) El recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria fue introducido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 22 de julio de 2004, se examina el alcance y contenido de este Recurso de Casación para Unificación de Doctrina tomándose los siguientes Acuerdos:

Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada. Son requisitos de este recurso:

- 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.
Y,

d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario: a) No es una tercera instancia. b) Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo. Y, c) No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: i) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y ii) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

La finalidad de este recurso, sintetizan las Sentencias de Tribunal Supremo 105/2016, de 18 de febrero, y 541/2016, de 17 de junio, 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 ésa 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.

C) La cuestión que motiva este recurso es la denegación al interno de una nueva convivencia con su mujer y su hija de dos años, teniendo ya concedida una en el trimestre.

Los autos citados de contraste no afirman que la periodicidad mínima de las visitas de convivencia haya de ser mensual, y, por el contrario, señalan que su periodicidad no está fijada en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario; y si bien apuntan que tales visitas de convivencia han de ser las más posibles, también añaden que ha de tenerse en cuenta las posibilidades y necesidades concurrentes en cada caso, y sin perjudicar a unos internos por beneficiar a otros.

En este sentido, dichos autos de contraste argumentan que, como el óptimo de conceder todas las visitas que quieran todos los internos es, por lo común, inalcanzable, lo lógico es atender a la frecuencia desde criterios generales sin prescindir de la posible excepcionalidad del caso concreto. Y se apuntan, entre estos criterios generales, a la intensidad de las relaciones con el exterior del interno, ponderando la presencia y duración de las demás comunicaciones, las peculiaridades de la relación familiar y de la situación de la familia, las dificultades de acceso al Centro Penitenciario en razón de la distancia, y las posibilidades económicas; y también se pone especial interés en si la visita va a contar o no con la presencia de hijos menores, siendo objeto de valoración con el resto de circunstancias.

Por tanto, que los citados autos de contraste vengan a reconocer una periodicidad mensual de las visitas de convivencia en determinados casos, no implica en modo alguno que afirmen que la periodicidad mensual ha de ser la mínima obligatoria (y además vienen a reducir el tiempo de duración de la comunicación, que pasa de ser de seis horas a ser de dos o tres horas).

Por otra parte, el silencio del mencionado artículo 45.6 del Reglamento en cuanto a la frecuencia de las comunicaciones de convivencia, viene a

complementarse con la previsión trimestral de la Instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre el régimen de comunicaciones de los internos. El artículo 45 del Reglamento solo fija una periodicidad mínima mensual en los otros dos tipos de comunicaciones que se contemplan en los apartados 4 y 5, comunicaciones íntimas y familiares.

El auto recurrido no niega que la periodicidad de las comunicaciones de convivencia pueda ser inferior a la trimestral, lo que afirma es que las razones expuestas por el Centro Penitenciario de Sevilla II hacen inviable la solicitud del interno. Así, señala, en concreto, que la denegación al interno de las visitas de convivencia con su mujer e hija menor con frecuencia mayor a la trimestral, fue razonablemente motivada por las reales posibilidades, organizativas y materiales, del Centro Penitenciario; y que, además, debe ser armonizado el derecho del recurrente a disfrutar de este tipo especial de visitas con los derechos de los otros internos que se hallen en similar situación, y que a este respecto no se apunta que el mismo esté siendo discriminado por la Dirección del Centro Penitenciario frente a otros internos, ni que las instalaciones del establecimiento penitenciario para la realización de este tipo de visitas estén siendo infrutilizadas.

En definitiva, entre el auto recurrido y los autos citados como de contraste no existe disparidad de criterio legal, las diferencias se hallan en las circunstancias organizativas de cada Centro Penitenciario, que condicionan necesariamente la periodicidad de las comunicaciones de los internos, y también en las circunstancias personales y familiares de los internos que influyen en la valoración de la periodicidad de las visitas.

Por tanto, en la medida en la que el objeto del presente recurso es el mantenimiento de la unidad interpretativa de las normas de ejecución penal en casos con los requisitos de identidad referidos, el recurso debe ser inadmitido, dado que no se muestra contradicción alguna con las otras resoluciones, que, como la recurrida, han valorado las circunstancias concurrentes en cada caso.

Por las razones expuestas, procede la inadmisión del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra auto dictado por la Audiencia Provincial, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

18.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 23/01/2019

Se estima parcialmente la queja autorizando la comunicación de convivencia con menor de 10 años aunque no acuda la progenitora.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario de Soria formulando queja

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 en sentido que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 16 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 por denegación de posibilidad de celebrar comunicaciones de

convivencia con su hija menor de 10 años, al no acudir la progenitora, de quien se encuentra divorciado, procede tener presente para su resolución:

- El artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario que establece que “Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad”.

- El artículo 160 Código Civil que establece que “En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”.

TERCERO.- Partiendo de los expresados preceptos y del principio fundamental del interés superior del menor, así como los criterios que ya se venían aplicando el Centro Penitenciario de origen del interno (Centro Penitenciario de Badajoz), proceda la estimación parcial de la queja formulada, en el sentido de que procederá autorizar la comunicación de convivencia del interno con su hijo menor de 10 años, aun cuando no acude la progenitora, cuando éste es acompañado hasta la sala vis a vis por la abuela materna o la hermana del interno, si bien tales acompañantes deberán quedar fuera de dicha sala hasta la finalización de la comunicación para la recogida del menor.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima parcialmente la queja formulada del interno del Centro Penitenciario de SORIA en los términos del razonamiento jurídico III de la presente resolución.

19.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 24/01/2019

Se desestima queja contra la denegación del cambio de concepto de “amigo” a “allegado”. Voto particular.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de septiembre de 2018, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto desestimatorio del recurso de queja formulado por el interno

SEGUNDO.- Contra el referido auto, la representación procesal del penado interpuso recurso de apelación, del que, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó la confirmación del auto recurrido.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencia de 18 de diciembre de 2018 se ordenó la composición del tribunal y se asignó la ponencia, conforme al turno establecido, y como, en el curso de la deliberación, este manifestase su discrepancia con la mayoría del Tribunal y anunciase la emisión de voto particular, se acordó el cambio de ponencia.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

ÚNICO.- Para la toma de decisión que nos ocupa se debe tener en cuenta que hay que manejar conceptos jurídicos tan indeterminados, como precisar el alcance del de “allegados”, y es que, cuando de buscar uno se trata, no se pueden negar las dificultades para encontrar uno que fije con precisión su alcance; con todo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2013, de 3 de junio de 2013, da alguna pauta de la que partir para aproximarnos al mismo, si tenemos en cuenta que, dado el gran número de personas que cabría incluir en un indefinido concepto de parientes, entendió justificada su restricción a determinados límites, no considerando, por ello, arbitrario, a efectos de autorizar comunicaciones del tipo de la que nos ocupa, el haber acotado ese genérico concepto de parientes hasta los de segundo grado (que llegó a admitir hasta el cuarto grado) en atención a los medios y capacidad organizativa del Centro, en definitiva, a razones de

orden del establecimiento, a la vez que consideró también que, en quienes no concurriese tal Condición, de parentesco, podrían quedar cubiertos por el concepto de “allegados”.

Por otra parte, si indagamos en nuestro ordenamiento, vemos que, en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aparece el siguiente concepto de allegados, en su artículo 67.1: “Son allegados aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad”.

Ciertamente, es una norma que ha de surtir sus efectos en un ámbito distinto al que nos ocupa, por ello el concepto no lo trasladaremos aquí de manera mecánica; pero sí nos sirve para, con las adaptaciones que consideramos de rigor, perfilar el alcance de allegado a nuestro ámbito.

En este sentido, prescindiremos del requisito de la convivencia familiar, porque, habiendo llegado a admitir el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada el parentesco hasta el cuarto grado, según los casos, y siendo una realidad que los parientes hasta tal grado no es habitual que convivan en familia, es por lo que habrá que descartarlo.

Sin embargo, donde habrá que poner el acento para referirnos a los allegados es en la relación de afectividad, calificada de especialmente cercana, asimilable al parentesco, y pareciéndonos que ese periodo de cinco años de relación puede ser una pauta para valorar su consolidación en tal sentido, lo cual, por lo demás, encuentra mejor sintonía con la dicción que hay en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en que no se habla, simplemente, de allegados, sino de “allegados íntimos”.

Sea como fuere, lo anterior no está exento de interpretación, y aunque la que se haga sea a favor del interno, esa valoración de la afectividad que ha de caracterizar el concepto de allegados, más intensa que la simple amistad, no debe quedar sujeta, exclusivamente, a una alegación del mismo, por cuanto que bastaría la simple petición por parte del interno para acceder a la comunicación, sino que requerirá una mínima acreditación, siquiera indiciaria, a partir de algún dato objetivable, que ha de aportar el propio

interno, para poder contrastar con las razones que haya tenido en cuenta el Centro a la hora de denegar la comunicación.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, frente a los datos que aporta el Centro Penitenciario, contamos, tan solo, con unas alegaciones hechas por el interno, que carecen del más mínimo aporte indiciario, lo que nos parece insuficiente, de ahí que compartamos la línea argumental de la jueza “a quo”, que se basa en la información remitida desde la prisión, debidamente documentada y que, gozando, como goza, de una presunción de veracidad, ha de prevalecer sobre unas simples alegaciones no avaladas por dato externo alguno.

No se trata de que el recurrente sea más o menos extenso en esas alegaciones, sino de que las que exponga tengan algún respaldo, que consideramos que no lo tienen, pues, además, contamos con una información final del Centro Penitenciario, de fecha 10 de octubre de 2018, en la que se da cuenta de que las comunicaciones orales con los visitantes para los que se solicita, no es un número de veces significativamente superior a otras comunicaciones simplemente de amigos, ante lo cual no se alcanza ese nivel de especial afectividad que ha de caracterizar al “allegado”, más si le añadimos el atributo de “íntimo”, y, por lo tanto, el recurso ha de ser desestimado.

En atención a lo expuesto.

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno contra el auto de 26 de octubre de 2018, desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el anterior, de 3 de septiembre de 2018, desestimatorio, a su vez, de la queja por denegación de comunicación con allegados.

Voto particular que fórmula el magistrado S.V.

1.- La queja se sustente en la negativa a que el recluso en la prisión de A Lama, Pontevedra, comunique con sus amigos en calidad de allegados y en la categoría de comunicaciones vis a vis o familiares que prevén el artículo 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 45.1 y 5 del Reglamento Penitenciario, comunicaciones orales especiales porque el encuentro tiene

lugar en un espacio común, sin mampara separadora, lo que permite el contacto físico y la expresión de los afectos, algo ten importante en la vida de relación de los seres humanos.

Nuestra resolución y el auto impugnado se limitan a recoger la información que facilita el Director de la prisión, en una singular motivación a posteriori del acto administrativo que, además, sirve para fundamentar la decisión judicial, y se desentienden de los datos que facilitaba el recluso en su queja inicial. Para ello, se dice que las alegaciones del interno carecen de mínimo aporte indiciario. Sin embargo los hechos ofrecidos por el recluso no han, sido desmentidos ni contradichos, son compatibles con los datos que constan en los registros de la cárcel (que los tres están siempre incluidos en la lista semestral de familiares y amigos, de ahí que acudan a las comunicaciones orales ordinarias) y son esenciales para ponderar los vínculos del interno con sus amigos. De esa manera, solo se valoran los elementos fácticos que sustentan el acto denegatorio.

Por otro lado, la decisión sobre la condición de amigo íntimo debe tener en cuenta, algo que se obvia de manera habitual, que el acceso a las comunicaciones orales ordinarias y especiales –las familiares a las que pueden acceder los allegados que se desarrollan sin mecanismos de separación física– depende de dos filtros: estar incluido en la lista semestral de 10 visitantes y en el cupo máximo de les cuatro personas que puede participar en el encuentro (artículo 42.2 del Reglamento Penitenciario) . De ahí que cualquier juicio sobre la existencia del lazo de la amistad íntima, en que se basa la condición de allegado, que se realice con base exclusiva en el número de comunicaciones llevadas a cabo durante el último periodo –como se hace en el auto del que discrepo– solo permitirá reconstruir una realidad fragmentaria en perjuicio de los intereses del preso.

2.- La lectura de los tres escritos del recurrente que constan en el expediente facilita otra información imprescindible para examinar la intimidad de la relación con los tres amigos. (i) El interno mantiene comunicaciones familiares con su esposa, su hijo de 11 años, su hermana y sus dos padres, que tienen más de 80 años. (ii) Se desplazan desde Bilbao, una distancia de casi seiscientos cincuenta kilómetros por trayecto, dato relevante para analizar el esfuerzo que significa acudir a una comunicación oral de una hora en fin de semana. (iii) Solo pueden comunicar los que se encuentran en la lista de diez familiares y amigos, por lo tanto, si se descuentan a los miembros de la familia adquirida y los de origen, es importante que esos

tres amigos aparezcan siempre en la lista, porque solo hay espacio para otros dos. Solo estos hechos ya demuestran lo significativo de la relación de ellos tres con el interno y de que no es irrazonable su consideración como allegados íntimos. Pero es más, los escritos siguen ofreciendo información, que confirma esta hipótesis. (iv) A los amigos, J.S. y M.S. —es la Administración penitenciaria quien les ha dado un idéntico y conjunto tratamiento— comunican con el recurrente desde que ingresó en prisión, hace 21 años. Le han visitado en todas las cárceles donde ha cumplido condena: París, Nevic Sur L'Ille, Madrid, Cáceres, Puerto de Santa María, Sevilla, Zaragoza y, ahora, en Pontevedra. Es decir que su relación acreditada se ha desarrollado durante un tiempo muy significativo, por emplear el adjetivo que reitera la resolución impugnada. (v) S.F. es quien en varias ocasiones ha trasladado en vehículo a la esposa e hijo del recluso y esperado a que realizaran la comunicación, para regresarles al domicilio familiar. (vi) Es amigo de la infancia de S.M., pues compartieron vida en el mismo barrio. (vii) R.N. fue compañero en la prisión durante más de tres años, con quien compartió la vida cotidiana, y desde que fuera liberado le visita junto a su esposa e hijo menor, compartiendo viajes con la cónyuge e hijo del recluso. (viii) N.T. es quien le facilita los libros y apuntes de sus estudios universitarios.

Respecto a las comunicaciones telefónicas, el recurrente señala que solo habla con su esposa e hijo, ya que son muy breves las mismas, de cinco minutos. Por carta solo se comunica, y poco, con amigos y familiares que no acuden a comunicar con él. Por ello es un dato relativo que no tiene el peso que le daba el Director.

3.- 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 amigos 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 lo posible las consecuencias no queridas, pero indisociables, de la prisionización.

Allegada es la persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza. Nada más. Es decir, un amigo querido y estimable. Y acceden junto a los familiares a las comunicaciones especiales del artículo

53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para hacer posible el contacto directo. A ello apunta el recurrente en su queja inicial: «mis posibilidades de abrazar a personas de mi círculo íntimo son escasas».

4.- La intimidad en la relación entre las personas es una circunstancia de la vida 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, cuando la realidad a la que trata de aproximarse es de naturaleza emocional, que no se deja aprehender fácilmente. La opinión del interesado, junto con el detalle de la relación, salvo razones de seguridad u orden, público –que no se mencionan–, ha de tenerse en cuenta, ya que es el recluso quien puede determinar quién sea su allegado o próximo, por la misma reserve de las relaciones privadas.

5.- Como hemos dicho, hay datos que permiten afirmar la condición de allegados de los tres amigos, porque demuestran la antigüedad de la relación, la extensión, en el tiempo y su intensidad. Las comunicaciones orales en el último periodo en prisión son muy numerosas, si se tiene en cuenta las limitaciones a las que está sometido en sus comunicaciones el recluso por su régimen cerrado de vida y la distancia entre el centro y el lugar de residencia de la familia y amigos. El número de las comunicaciones, por su frecuencia, permite confirmar por sí solo la realidad de la relación de afecto entre ellos, cuya densidad y calidad se sostiene en el resto de datos. En definitiva, un conjunto indiciario que avala la hipótesis de que entre ellos existe una relación de amistad y confianza íntima.

Por ello se debió estimar el recurso y permitir que los tres amigos pudieran acudir, cuando les correspondiese y dentro del cupo de cuatro visitantes, a las comunicaciones especiales y abrazar al interno.

20.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 25/01/2019

No procede “intercambiar” comunicaciones familiares e íntimas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha treinta y uno de julio de dos mil dieciocho y por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó Auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

“De conformidad con lo expuesto se acuerda DESESTIMAR LA QUEJA interpuesta por el interno en el Centro Penitenciario de Topas.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y el interno de referencia mediante exhorto al Juzgado de Paz de Topas, y al Sr/a. Director/a del Centro Penitenciario de Topas, para su conocimiento y constancia en el expediente del interno.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reforma por término de tres días ante este Juzgado, y recurso de apelación por término de cinco días, ante este Juzgado, para ante la Audiencia Provincial”.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto se tiene por interpuesto Recurso de Reforma por parte del interno, que fue resuelto por Auto de fecha doce de septiembre de dos mil dieciocho, con la siguiente parte dispositiva: “ Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el interno, contra el auto de este Juzgado de fecha 31-07-2018, dictado en nuestro procedimiento que se confirma íntegramente (...)”.

TERCERO.- Frente al Auto resolutorio de la reforma se tiene por interpuesto recurso de apelación por parte del interno y se acordó requerir al mismo para que, en el término de tres días designe Letrado de su libre elección, bajo apercibimiento de que de no verificarlo le será nombrado Abogado de Oficio, quien también tendrá habilitación legal para su representación conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/03, que modifica lo dispuesto en la Disposición Adicional 5ª de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

CUARTO.- Formalizado que fue el Recurso de Apelación por la legal representación del interno, tras realizar las manifestaciones que consideró oportunas en defensa de sus pretensiones, termina suplicando, que se dicte Auto estimando el recurso y se resuelva en el sentido de conceder el cambio de vis a vis íntimo por el familiar.

De dicho escrito se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesa la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Recibidas que fueron en esta Audiencia Provincial en fecha 29 de noviembre 2018 mediante testimonio de las mismas diligencias, se instruyó el presente Rollo nº 386/18 pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado para dictar resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la defensa del interno en el Centro Penitenciario de Topas, se interpone el presente recurso de apelación contra el Auto dictado en fecha 12 de septiembre de 2018 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Castilla y León, con sede en esta ciudad, que desestimó el previo recurso de reforma interpuesto por el mismo contra el auto de fecha 31 del anterior mes de julio, en virtud del cual se rechazó su queja contra la no autorización por parte del indicado Centro Penitenciario de la posibilidad de intercambiar indistintamente las comunicaciones familiares e íntimas, es decir cambio de la comunicación íntima mensual por otra familiar, al carecer de pareja sentimental, de modo que el número resultante fuesen dos comunicaciones familiares al mes, etc.

Y se interesa por el referido recurrente en esta segunda instancia, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición de tal recurso, la revocación de la mencionada resolución y que se dicte otra por la que se conceda al recurrente la acumulación de visitas de familiares, o sea, el cambio de vis a vis íntimo por el familiar, etc.

SEGUNDO.- En el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 con fecha 31 de julio de 2018, se afirma textualmente como fundamento para rechazar la queja de interno recurrente lo siguiente: “...La petición debe de ser desestimada, pues, en modo alguno, se encuen-

tra amparada en la normativa penitenciaria, que viene a regular, en el artículo 45 del Reglamento Penitenciario, las distintas clases de comunicaciones y su número, sin que en modo alguno pueda al arbitrio de los internos modificarse su clase, pues en el mismo sentido podría haber solicitado que se cambiara, porque careciera de hijos, las visitas de convivencia, también por otra familiar. En resumen, no puede pretenderse que internos que carecen de pareja, las comunicaciones denominadas vulgarmente bises, se transformen en familiares, cuestión distinta que viene admitiendo este del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es que cuando ambos internos se encuentren en el mismo Centro Penitenciario y son pareja, se les autorice, a cada uno, dos comunicaciones, una íntima y una familiar...”.

Dicho esto, esta misma Sala en Resoluciones o autos anteriores que se han ocupado del mismo tema que ahora se examina, tiene establecido que ...puede concluirse que en aplicación del Reglamento Penitenciario el interno puede tener una comunicación íntima, como mínimo al mes, una familiar y visitas de convivencia, por lo tanto, en modo alguno queda a criterio del interno sustituir las comunicaciones, esto es, como solicita que en caso de tener una comunicación íntima y una familiar puedan ser dos familiares, o dos íntimas, o dos de convivencia.

En la orden de Dirección 200/2017 se establece como criterio a seguir en el centro a partir de su promulgación el 1-1-2017 viene a establecer los horarios de las comunicaciones dependiendo del número de peticiones de los internos, para una mejor distribución y adecuación de las comunicaciones especiales de vis a vis en sus diversas modalidades...

Más en concreto, en el Auto dictado en el Rollo de apelación núm. 464/2017, referido a una queja sustancialmente idéntica, se determinaba, para desestimar la pretensión revocatoria ejercitada en el correspondiente recurso de apelación de la defensa del interno afectado que: ...En relación con las “comunicaciones y visitas” de los internos en los Centros Penitenciarios dispone el artículo 51. 1, de la Ley Orgánica General Penitenciaria que “los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos 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”. Por su parte, en el Reglamento Penitenciario, y tras reproducir en el artículo 41 como “reglas generales” las disposiciones contenidas en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece en su artículo 42, en su regla 5ª y con referencia concreta a las “comunicaciones orales”, que “los familiares deberán acreditar el parentesco con los internos y los visitantes que no sean familiares habrán de obtener autorización del Director del establecimiento para poder comunicar”.

En cuanto a las dichas comunicaciones, las mismas, vienen perfectamente delimitadas y clasificadas en los artículos 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 45 de su Reglamento y así, en primer lugar, destacan las “Comunicaciones íntimas”, siendo el Consejo de Dirección el encargado de la organización de las mismas, estableciendo su horario, concediéndose como mínimo una al mes con una duración entre una y tres horas, siempre que medie previa solicitud del interno, que deberá acreditar su relación de afectividad, exigiéndose una relación es estabilidad de seis meses de duración.

Este tipo de comunicaciones no pueden limitarse a la existencia de matrimonio, son extensibles a los allegados íntimos, como refiere el artículo 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en este tipo de comunicaciones señalando que “el mantenimiento de relaciones íntimas no forman parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente, una manifestación de la libertad a secas”, “La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad,... pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad”, y que la privación de visitas íntimas no constituye trato inhumano ni degradante (Sentencias de Tribunal Constitucional núms. 89/87, de 3 de junio, y 119/96, de 8 julio).

Por su parte, las “Comunicaciones Familiares” vienen reguladas en el mismo artículo que las anteriores, con las mismas características, se concede como mínimo una al mes, con una duración entre una y tres horas. Y en estas comunicaciones los visitantes pueden ir acompañados de menores. Si el establecimiento penitenciario carece de capacidad para estas

comunicaciones se permite acumular el tiempo de las íntimas y familiares en una sola.

Finalmente, las “Comunicaciones de Convivencia” están previstas para el cónyuge o pareja de hecho, con hijos hasta los diez años de edad. Su duración máxima será de seis horas y son compatibles con las dos anteriores. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la refundición de Circulares e Instrucciones 24/96 establece la posibilidad de conceder una comunicación al trimestre como mínimo y cuya duración no sea inferior a las cuatro horas, y con un número de familiares no superior a seis, salvo casos motivados y autorizados por la Dirección.

Y la organización de las comunicaciones depende del Consejo de Dirección que deberá fijarlas preferentemente los fines de semana, y se suele atender a criterios de distribución según los grupos de clasificación interior del centro.

21.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/01/2019

Se estima queja. No procede mantener la intervención de las comunicaciones a interno condenado por delito de terrorismo después de haber sido progresado a 2º grado.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del letrado, en nombre del interno del Centro Penitenciario de Ocaña-II, formulando queja contra el referido Centro Penitenciario por intervención de las comunicaciones orales, escritas y telefónicas por Acuerdo de 02/07/2018.

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 en el sentido que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- El derecho de los internos e relacionarse con el exterior por medio de las comunicaciones y visitas es incuestionable y está regulado en el Capítulo VIII del Título II de la Ley Orgánica General Penitenciaria (artículo 51) y en el Capítulo IV del Título II del Reglamento Penitenciario (artículos 41 a 49).

Sin embargo, este derecho a las comunicaciones no es –como ningún otro, salvo el de la vida– absoluto e ilimitado y así, el artículo 51.1 párrafo 1º in fine, el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 43.1 del Reglamento Penitenciario prevén expresamente la limitación de las comunicaciones orales y escritas en los casos de incomunicación judicial del interno y la posibilidad de suspensión, restricción en cuanto a las personas, denegación o intervención de las comunicaciones orales por acuerdo motivado del Director del centro penitenciario, basado en razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

II. La limitación de las comunicaciones, como medida restrictiva de derechos fundamentales reconocidos a los presos en el artículo 25.2 de la Constitución Española, tiene que ser necesaria, idónea y proporcional, pues en otro caso el derecho se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.

La motivación ha de incluir cuál de las finalidades legalmente previstas –seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento– es la perseguida con la adopción de la medida y expresar qué circunstancias permiten concluir que la limitación resulta adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Pero no se exige una motivación ómnica, distinta y exclusiva para cada interno, sino que puede tratarse de características comunes a los pertenecientes a un determinado tipo de delincuentes o a un determinado tipo de delincuencia organizada. (En este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2001 y 196/2002, entre otras).

Además, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecen la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención, aunque para ello no sea necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede

hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención.

III.- En el caso analizado, el acuerdo de intervención de comunicaciones impugnado (de 02/07/201) expresa como motivación de su mantenimiento:

«La existencia de un riesgo concreto en que la información y/o datos transmitidos en las comunicaciones son utilizados para la comisión de hechos delictivos contra el Centro Penitenciario y su personal o contra cualquier otro bien jurídico.

- Pertenencia y/o relación directa del interno con la Banda Terrorista.
- Relación de los hechos delictivos cometidos/imputados por el interno con esta Banda.
- Mantenimiento de relaciones e vínculos entre el interno y este grupo terrorista.
- Comisión de actos delictivos graves y frecuentes por ETA.
- Señalamiento entre los objetivos de actos terroristas de los Centros Penitenciarios y su personal.

El fin perseguido con esta medida consiste en dificultar o impedir la transmisión de información, entre el interno y la Banda Terrorista, que pudiera ser utilizada, directa o indirectamente, en la comisión de actos delictivos. Asimismo se persigue la prevención de estos actos mediante la captación de datos o informaciones vertidas en estas comunicaciones. Por último, también se busca conocer el grado de integración, influencia y contactos del interno con la Banda Terrorista como mecanismo de información para la posible y ulterior intervención en el tratamiento penitenciario de aquel con el fin de prevenir la reincidencia».

Sin embargo, si se revisa el expediente del interno, consta que el mismo fue progresado a 2º grado, por Auto de 02/08/2018, dictado con informe favorable del Ministerio Fiscal y en base a los siguientes argumentos: manifestación por el interno de “la renuncia definitiva a cualquier tipo de acción armada/violenta que en el pasado fue utilizada para hacer frente a la imposición, represión y vulneración de derechos en contra de nuestro pueblo, Euskal Herria” y que «los hechos por los que se condenó al penado no implican delitos de sangre, que nunca ha sido sancionado, que tiene buena

evolución conductual, según los informes, participando en actividades del centro, reconociendo el daño causado y no justificando la violencia a tener del informe psicológico, interesando la estimación del recurso. Procede estimar el recurso y su progresión a 2º grado».

Por consiguiente, tal y como señaló la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 13/07/2018 (Auto 612/2018), el contenido de la resolución por la que se acuerda la progresión a segundo grado tiene influencia y debe ser valorado a los efectos de resolver sobre la procedencia del mantenimiento de la medida de intervención de las comunicaciones y de los presupuestos exigibles de excepcionalidad, proporcionalidad y motivación.

IV. A tales efectos, los motivos esenciales en que se basa el acuerdo impugnado, son la pertenencia y/o relación directa del interno con la Banda Terrorista ETA y el mantenimiento de relaciones o vínculos entre el interno y el grupo terrorista, cuando el Auto que acuerda la progresión del interno a 2º grado, refiere precisamente, que el interno renunció a las acciones armadas/violentas, que participa en las actividades del Centro Penitenciario, que reconoce el daño causado y que no justifica la violencia.

Si a lo anterior se añade fue condenado por hechos que no implican, delitos de sangre, que observa buena conducta y nunca ha sido sancionado, según refleja el Auto de Progresión, no cabe sino señalar que las razones y motivos que fundamentan la continuidad de la intervención, no se corresponden con la situación que ha dado lugar a la progresión de grado del interno, por lo que, no se darían en el momento actual, las razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento que justificaría la aplicación excepcional de una medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que, procede la estimación del recurso, dejando sin efecto la intervención de comunicaciones del interno adoptada por acuerdo de fecha 02/07/2018, sin perjuicio de que pudiera volver a adoptarse dicha medida si las circunstancias aquí valoradas variaran significativamente.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del letrado, en nombre del interno del Centro Penitenciario de Ocaña-I, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución, y en consecuencia se deja sin efecto la intervención de comunicaciones orales, escritas y telefónicas adoptada por resolución del Director del Centro Penitenciario de fecha 02/07/2018.

22.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALMERÍA DE FECHA 22/02/2019

Se desestima queja. No procede autorizar comunicación de convivencia sin hijos menores.

HECHOS

PRIMERO.- El presente expediente penitenciario fue incoado por Diligencia de Ordenación de fecha 21 de enero de 2019 en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en carta del interno formulando queja contra la resolución por la que se le denegó desmotivadamente la solicitud de vis a vis de convivencia sin hijos menores correspondiente al primer trimestre de 2019.

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 interesando el archivo del presente expediente.

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 aquéllos. A tal efecto, incoado el presente expediente penitenciario en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en carta del interno formulando queja contra la resolución de 2/11/2018 del Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario de Almería por la que se le denegó desmotivadamente la solicitud de vis a vis de convivencia sin hijos menores correspondiente al 4º trimestre de 2018, de los informes recibidos resulta que procede el archivo por cuanto consta que este Juzgado ya resolvió una petición por idénticos motivos en Auto de fecha 17/10/2018, insistiendo el interno en la misma solicitud, debe aclararse al interno que la Ley Orgánica General Penitenciaria así como su Reglamento regulan las comunicaciones de los internos en los Centros Penitenciarios y en cuanto a las comunicaciones orales, distingue entre las generales y las especiales, estas últimas pueden ser íntimas, familiares y de convivencia, y siempre previa solicitud del interesado, se concederá una comunicación íntima al unes 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: se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados que se celebrara en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una: y se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 del Reglamento Penitenciario y en los apartados 4 y 5 del artículo 47 del mismo texto legal, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas. Debe pues desestimarse la petición insistente del interno de celebrar vis a vis o comunicaciones de convivencia con su pareja sin hijos menores, pues este tipo de comunicaciones orales especiales están previstas para fomentar los lazos familiares con los hijos menores de diez años, en compañía del cónyuge o la pareja del interno, pero no solo con el cónyuge o pareja, pues para eso están previstas las comunicaciones orales especiales íntimas y las familiares, además de las orales generales y las telefónicas y por correo y. en consecuencia, procede el archivo del presente expediente- 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 contra la resolución por la que se le denegó desmotivadamente la solicitud de vis a vis de convivencia sin hijos menores correspondiente al primer trimestre de 2019.

23.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 14/03/2019

Requisitos para considerar la condición de allegado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23-01-2019 en el expediente, relativo a J.I.A., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, Auto en el que desestimaba la queja del interno sobre la autorización para comunicar como allegados con E.J., J.J.F, R.E. y R.G.

SEGUNDO.- La letrada, en nombre del penado interpuso recurso de apelación.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso de apelación, el procedimiento fue remitido a este Tribunal, que, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución.

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 42.5º: 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, mientras que en otras a la familia y allegados, artículo 45. 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, los datos que se ofrecen por el recurrente son los siguientes:

E.J., J.J.F, trabajaron con el penado desde 1985 hasta su detención en 1998. Se aporta copia de informes de vida laboral que justifican este dato.

Por su parte del centro penitenciario informa que en el último año existieron 5 comunicaciones orales con E.J. y R.E., y 6 con R.G. y J.J.F.

En el caso de J.J.F. y E.J. el dato ofrecido de haber sido compañeros de trabajo evidencia una vinculación previa al ingreso en prisión que debe estimarse como base suficiente de la vinculación que la figura del allegado exige.

En cuanto a R.E. y R.G. no se ha justificado otra vinculación más que sus visitas, y a ello se añade que ya existen otras dos personas anteriormente estimadas como allegadas (A.A. y M.A.) por lo que no encuentra este tribunal motivos suficientes para en su caso estimar el recurso.

En atención a lo expuesto DISPONEMOS:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la letrada, en nombre del penado, contra el auto de 23-01-2019 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, se acuerda:

Estimar la queja del penado para que se reconozca como allegados a J.J.F. y E.J. y

Desestimarla en relación con R.E. y R.G., en relación a los cuales se confirme el auto recurrido de 23-01-2019.

24.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 15/04/2019

Se desestima queja en relación a solicitud de concesión de comunicaciones de convivencia con frecuencia mensual.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Soria formulando queja, solicitando concesión de comunicaciones de convivencia con frecuencia mensual.

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, el interno formula queja en solicitud de concesión de comunicaciones de convivencia con frecuencia mensual, a cuyos efectos debe tenerse presente:

- Que dichas comunicaciones de convivencia se regulan en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario, donde no se determina su periodicidad, sino únicamente su duración máxima de seis horas.

- Que la Instrucción 4/2005 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que desarrolla la normativa legal y reglamentaria sobre comunicaciones, establece en su apartado 3.2 a) que tales comunicaciones se

concederán, previa solicitud del interno, una al trimestre como mínimo y con una duración máxima de seis horas.

TERCERO.- En el caso examinado, y según resulta de la informado por el Centro Penitenciario, cuyo informe goza de la presunción de veracidad propia de la actuación administrativa, se han ido realizando todas la gestiones y ajustes precisos, conforme a las posibilidades de organización y estructura arquitectónica del Centro, a fin de posibilitar de manera gradual la celebración de tales comunicaciones de convivencia con una frecuencia similar a la prescrita expresamente para las comunicaciones familiares e íntimas (artículo 45.2 y 5 Reglamento Penitenciario), y en concreto ya se ha posibilitado, respecto del interno, la concesión de tales visitas de convivencia con una frecuencia de mes y medio, por lo que en definitiva, la queja no puede ser estimada.

CUARTO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículos 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 del Centro Penitenciario de Soria.

25.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, DE FECHA 25/04/2019

Se desestima recurso contra intervención de las comunicaciones a condenado por terrorismo. Voto particular.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, dictó auto de fecha 21 de enero de 2019 por el que desestimaba la queja del interno del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha, en relación con la intervención de las comunicaciones.

2. Por la Letrada, en nombre y representación del citado interno formuló recurso de apelación.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito con fecha de entrada de 5 de febrero de 2018, se opuso al mismo.

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 JURÍDICOS

1. La representación procesal del interno recurre la resolución de la Magistrada-juez Central de Vigilancia Penitenciaria que había desestimado su queja contra el acuerdo de renovación de la intervención de sus comunicaciones, alega que ETA no existe como estructura organizada, se ha disuelto, por lo que no hay riesgo para la seguridad y el buen orden del establecimiento que justifique la intervención de las comunicaciones del penado.

2. El artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece el derecho de los internos a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita y 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. Las 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, del interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. El apartado quinto de ese precepto permite al director del establecimiento la suspensión o intervención de esas comunicaciones orales y escritas motivadamente, con la obligación de dar cuenta a la autoridad judicial competente, ya fuere el juez de vigilancia o el órgano del que dependa el preso preventivo o detenido.

3. El recurrente fue condenado por delitos de terrorismo, vinculados a la organización Eta en la que se hallaba integrado. Aunque no exista evidencia de que el interno mantenga vínculos con la organización delictiva y ésta haya hecho pública su disolución, no puede dejar de valorarse que precisamente la intervención de las comunicaciones puede ser lo que Impide que a lo largo de estos años esos contactos hayan podido existir. El penado no se ha desvinculado de la banda, ni ha mostrado arrepentimiento ni ha iniciado vía alguna para asumir su conducta delictiva.

Todo ello hace que debamos estimar la valoración de que la condena por delitos de terrorismo, vinculados a la organización terrorista Eta, evidencia que las comunicaciones del penado pueden implicar, por la información que pudieran contener, un riesgo contra la seguridad del establecimiento y la vida que se desarrolla en el mismo. Como además en el acuerdo de intervención se fija un límite temporal de mantenimiento, debe estimarse que el acuerdo responde a lo previsto en el artículo 51.5 de la Ley General Penitenciaria y cumple las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 10612001), como hemos dicho en anteriores resoluciones.

En atención a lo expuesto,

ACUERDO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 21-01-2019 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, desestimando la queja del interno contra la renovación de la intervención de sus comunicaciones.

Voto particular discrepante que formula el magistrado S.V.

1. Discrepo de la decisión de la mayoría que viene a ratificar la intervención de todas las comunicaciones del recluso sin valorar el cambio de las circunstancias, el tiempo transcurrido y la excepcionalidad de una medida que suspende sin cobertura legal suficiente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones personales y la intimidad de la vida familiar.

2. No puede olvidarse que el derecho a comunicar reservadamente con familiares y amigos es uno de los derechos humanos básicos del interno –que tiene limitada su libertad física, vive recluido y aislado– porque garantizan, a un recluso en régimen cerrado, el único medio de continuidad de sus relaciones familiares y personales, tal y como reconocen las pautas 37 y 44 de las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, y los apartados 24.1 y 4 de las Normas penitenciarias europeas, que establecen como paradigma la obligación de la Administración penitenciaria de permitir a los presos mantener y desarrollar las relaciones familiares de la manera más normalizada posible. Además, la injerencia en las comunicaciones y visitas con familiares y allegados supone la cancelación de los pocos espacios que restan al preso de privacidad para el desarrollo de lo que se entiende como vida familiar y de relación; el encarcelamiento supone una importante privación de la intimidad que la intervención de las comunicaciones hace más intensa.

3. Por acuerdo del director del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha se acordó mantener la intervención de las comunicaciones orales y escritas del interno, por tiempo de seis meses, por su vinculación a una organización terrorista y la peligrosidad y capacidad criminal dado el carácter de los delitos cometidos. Se trataba de un formulario en el que se incluían sólo los datos de identidad del recurrente. A solicitud del juzgado, el director emitió un informe en el que añadía la finalidad del acto, la seguridad del centro, la duración de la condena, y su clasificación en régimen cerrado. Una motivación posterior que no puede subsanar el defecto del acto administrativo que suspende un derecho fundamental, carente absolutamente de motivación.

4. Es importante reseñar el tiempo de duración de la injerencia en todas sus comunicaciones: se encuentra implantada desde que ingresó en

prisión, el 9-07-1997, hace ahora veintidós años. Un dato básico para desarrollar el juicio de proporcionalidad que exige el análisis de la regularidad de cualquier medida de injerencia en los derechos fundamentales de las personas presas: identificar su finalidad y ponderar los hechos desde los estándares de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1997). Para ponderar la proporcionalidad hay que tener en cuenta que durante el largo periodo que el interno ha estado en prisión la Administración no ha detectado indicio alguno de vínculos con la organización terrorista que menciona el auto recurrido, a pesar de hallarse aislado de la sociedad y observado de manera permanente, dada su clasificación en régimen cerrado y su inclusión en el Fichero de especial seguimiento. No puedo compartir el argumento circular de que la intervención de las comunicaciones es la que ha impedido que tales relaciones se hubieran mantenido. Todo ello debilita la argumentación de la decisión impugnada que nosotros hemos asumido, ya de por sí contradictoria, en la medida que aceptaba, como no puede ser de otra manera, la disolución de la organización terrorista ETA, precedida de siete años de inactividad, pero razonaba como si el hecho no se hubiera producido. No se puede seguir utilizando los mismos argumentos como si las cosas no hubieran variado de manera radical a los fines de elevar pronósticos de peligrosidad para el orden o la seguridad de la prisión, sacrificando derechos fundamentales.

5. De modo ininterrumpido desde hace veintidós años el interno tiene intervenidas todas sus comunicaciones, por lo que se elude la garantía constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, que introdujo nuestro Tribunal Constitucional ante el silencio de la ley, sobre la necesidad de establecer un límite temporal, que no puede entenderse cumplimentada con la mera renovación automática de la intervención cada seis meses. En este punto conviene recordar que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha considerado que la intervención de las comunicaciones de una persona en reclusión penitenciaria carece de cobertura legal cuando la norma –en aquel caso la ley de Italia que autorizaba al juez a intervenir las comunicaciones de un preso por delitos de terrorismo– no señala las razones de la injerencia ni el plazo de la medida, porque deja un indebido amplio margen a fa discrecionalidad de las autoridades en perjuicio del derecho fundamental (sentencia Calogero Diana contra Italia de 21-10-1996, párrafos 32 y 33). Por ese motivo estimó la demanda considerando violado

el artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos que consagra el derecho al secreto de las comunicaciones,

6. Abundando en lo dicho, la decisión sobre la injerencia en la libertad del interno a comunicar de manera reservada con sus familiares y próximos identifica como finalidad la seguridad del centro ante el riesgo de la (inexistente) vinculación con una organización criminal que carece también de existencia. Como se ha dicho, falta el presupuesto fáctico de la medida, requisito habilitante que ha de construirse a partir de la individualización de las circunstancias del caso. Pues dada la fecha de los hechos, el tiempo que el interno lleva en prisión, que la organización terrorista haya desaparecido, no puede sostenerse como razonable el riesgo para la seguridad del establecimiento. Tampoco vale considerar vigente la capacidad criminal y la peligrosidad del recluso, sin sustento fáctico alguno haciendo genéricas afirmaciones sobre riesgos supuestos.

7. En cuanto al tiempo de la intervención hemos de recordar que está sometida al requisito del plazo, que fue establecido por la jurisprudencia constitucional, en coherencia con el sistema de garantías de toda restricción de la libertad. De ahí que el mantenimiento de la medida más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican podría lesionar el derecho afectado. El límite temporal, señala dicha doctrina, resulta implícito en la regulación de la intervención de las comunicaciones de las personas presas, así como la exigencia de su levantamiento en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, que solo pueden ser, según esta doctrina, razones de seguridad, buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento. Además, la doctrina constitucional ha señalado que la intervención de las comunicaciones no puede mantenerse indefinidamente, algo que ocurre cuando se prorroga de manera automática después veintidós años la medida limitadora de la libertad de comunicar de manera reservada con parientes y allegados sin causa suficiente.

26.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 06/06/2019

Se desestima queja. No se estima suficientemente acreditada la condición de allegado. Concurren también razones de seguridad.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Almería queja por no autorizar comunicación con allegada.

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 formulada por el interno sobre denegación de comunicación vis a vis con allegada (amiga íntima), y a la vista de los motivos de dicha denegación, según informe emitido por el Centro Penitenciario procede su desestimación, pues:

1º) El término “allegados” que utilizan el artículo 53 Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 45 del Reglamento Penitenciario, requiere una relación de íntima proximidad, cercanía e inmediatez en la convivencia que lo asemeja al vínculo parental. Así procede distinguir los meros amigos de los allegados exigiéndose a estos últimos un mayor grado de vinculación con el interno debiendo expresarse lea circunstancias que de-

terminan esa vinculación superior a la mera amistad para que pueda ser valorada por la Administración Penitenciaria, a la hora de decidir.

No basta, por tanto, con que el interno presente una relación de personas respecto de las que se limite a manifestar que son allegados, sino que deberá aportar datos e indicios de esa relación especial, susceptibles de verificación por la Administración Penitenciaria a la hora de decidir sobre dichas visitas. En otro caso, se daría la paradoja de que a los familiares se les exija acreditación documental, y a los allegados sólo la pura y simple declaración del interno.

2º) En el presente caso la solicitud formulada se refiere a una persona, respecto de la que el interno se limite a decir, que ya tenía una relación de amistad desde antes de entrar en prisión sin mayores datos ni detalles. Como elementos a valorar en orden a la resolución de la queja, debe tenerse presente:

- Que normalmente esa relación tan estrecha, y de intimidad se tiene con muy pocas personas, por lo que significativo el número de personas respecto de las que se afirma tener una relación cuasi-parental.

- Que se aporten datos concretos y contrastables que evidencien esa íntima relación que, además, se confirme o refuerce con los datos sobre el número de visitas y comunicaciones telefónicas y/o epistolares mantenidas desde el ingreso en prisión.

- Que no concurren razones de seguridad, interés del tratamiento o de orden del Establecimiento que aconsejen la restricción de tales visitas (artículo 41.1 Reglamento Penitenciario).

TERCERO.- En el concreto caso examinado, no se indica el origen ni detalle alguno de la relación o vínculos que le unen con dicha persona, pero es que, además, el informe del Centro Penitenciario pone de manifiesto que, desde el 23/9/17 al 22/9/18 ha celebrado 4 comunicaciones con dicha persona, y bien existen comunicaciones telefónicas y epistolares, no estima suficientemente acreditada la condición de allegada si se tiene presente que el interno tiene ya reconocidas como allegados a 7 personas más, a lo que se añade la concurrencia de motivos de seguridad, atendiendo a lo informado por el Centro Penitenciario, al señalar que dicho interno fue sorprendido el pasado 13 de octubre en la comunicación telefónica que había establecido con su amiga valiéndose del número acreditado y que el

terminal solicitara que fuera pasado a otra persona a la que identifica como “M.” y que es quien agota casi en su totalidad la duración de la llamada. Esta persona da instrucciones sobre unos libros recibidos, el modo en que tiene que ir trasladándolos a otros internos y que por las fotografías en ellos insertas han quedado retenidos.

Por consiguiente y teniendo presentes todos los factores expresados, procede desestimar la queja formulada, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, debiendo mantenerse la decisión adoptada por la Administración Penitenciaria.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno del Centro Penitenciario de Almería en los términos de los-razonamientos jurídicos de la presente resolución.

27.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 26/09/2019

Se desestima queja. Ante la duda de que la carta proviniera del abogado defensor, se procedió a su devolución al interno.

HECHOS

PRIMERO - Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Centro Penitenciario Herrera de La Mancha queja.

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 don 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, formulada por el interno por pretendida intervención ilegal de correspondencia remitida por su abogado, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha no cabe estimar acreditado que dicha intervención se produjera, por lo que procede su desestimación tal y cómo interesa el Ministerio Fiscal.

En efecto, en el referido informe, que goza de la presunción de veracidad propia de la actuación administrativa se indica que el 2/09/19 se procedió a realizar cacheo aleatorio de algunas celdas del Módulo 1, entre otras la celda ocupada por el interno.

El citado interno, tiene sus comunicaciones intervenidas y entre sus pertenencias, en un sobre que se encontraba abierto cuyo remitente era el abogado, se hallaba un escrito impreso aparentemente en formato Word, en vasco, con un nombre y una dirección en el membrete que no coincidían con el remitente que se hallaba en el sobre.

Al hallarse abierto el sobre, el contenido, del mismo no tenía por qué ser el que su abogado le había enviado, pudiendo el interno meter dentro del mismo cualquier otra documentación que quisiera ocultar, y no coincidiendo el remitente con el nombre que aparecía en el membrete, se retuvo la carta para que por la oficina de seguridad se comprobase ese extremo.

Por la oficina de seguridad se hizo comprobación del registro de entrada de correspondencia, no encontrando ninguna carta de entrada, con el nombre que venía en el membrete, y comprobando que la última carta recibida a nombre del fue entregada al interno el 8/08/19. También se hizo comprobación del listado de abogados que le constaban al interno como defensores, y aunque no aparecía el nombre del membrete, si se observó que este coincidía con un profesional que le había visitado como abogado defensor en otro Centro, por lo que aplicando el beneficio de la duda se

procedió a la devolución del mismo al interno sin realizar ningún tipo de traducción ni intervención del contenido del escrito por el Centro.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso, o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (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 del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha.

CAPÍTULO IV

LIBERTAD CONDICIONAL

28.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 5 DE FECHA 14/01/2019

La recepción de nueva causa penada no afecta a la libertad condicional otorgada según lo previsto en la Ley Orgánica 1/2015.

HECHOS

I.- Con fecha 01/10/2018 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 D. del Centro Penitenciario Madrid VII (Estremera), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, habiéndose recibido informes del Centro de Inserción Social Melchor Rodríguez en los que se comunica la nueva causa ejecutoria recaída contra el citado liberado condicional, por hechos cometidos el día 21/06/2010 (Ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 5 de Alcalá de Henares), habiéndose iniciado el cumplimiento de la misma por ingreso voluntario del penado.

II.- Se remitió a informe del Fiscal que informó en el sentido de que se mantenga la suspensión al ser los hechos anteriores a la concesión 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 Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 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.

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 Ley Orgánica 1/2015, aplicable a su entrada en vigor, con independencia de la fecha de los hechos que dieron lugar a las causas por las que se concedió, al tratarse de una norma de ejecución, no sustantiva, según se razonó en el auto de concesión: “Respecto a la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 entre otras en las sentencias de fechas 11/05/12, 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 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”.

Criterio que mantiene el Tribunal Supremo y que ha sido recientemente ratificado en la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 603/2018,

de 28 de noviembre de 2018 en que se señala: “4.- En el caso que ahora juzgamos en casación no se trataba de una pena impuesta como principal de trabajos en beneficio de la comunidad. Ni de manera directa y principal en la sentencia, ni tampoco como sustitutiva de otra, caso éste al que hacía referencia el artículo 88 de Código Penal ya no vigente al tiempo de decidirse, por el juzgado encargado de la ejecución, la suspensión de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”.

Y la nueva condena recaída lo es por hechos anteriores a la suspensión y libertad condicional por lo que ninguna incidencia tiene en la libertad condicional conforme a lo razonado en el anterior razonamiento jurídico, por lo que no procede ni la suspensión ni la revocación de la libertad condicional.

Por tanto, lo que procede es que se ejecute la nueva condena, debiendo procederse por el Centro donde ha ingresado el interno a la clasificación inicial del penado, dado que desde el momento en que se hace efectiva la libertad condicional, con la naturaleza de suspensión de condena, el interno queda desclasificado, pues la clasificación requiere que se esté cumpliendo una condena, y la suspensión lo que supone es que ya no se cumple, motivo por el que, en ningún caso, si se revoca la libertad pueda abonarse como cumplido el tiempo de permanencia en libertad condicional.

Ahora bien, para proceder a dicha clasificación el centro debe tener en cuenta la buena conducta del penado durante la libertad condicional, sin ninguna incidencia negativa, que ha accedido a un puesto de trabajo, y que ha emprendido un prometedor proceso de reinserción, al objeto de no interrumpirlo, por lo que deberá valorarse la posible clasificación en tercer grado, al objeto de que no pierda su puesto de trabajo, además teniendo en cuenta la corta condena por la que ingresa, que es de 3 meses y 15 días de prisión.

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 D., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 01/10/2018, al no concurrir causa legal, debiendo por el Centro procederse a la clasifi-

cación inicial del interno por la nueva causa por la que ha ingresado, permaneciendo en libertad condicional por las que se le concedió la misma.

29.- AUTO 61/2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA DE FECHA 29/01/2019

Se mantiene la medida de control telemático durante el periodo de libertad condicional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de M. se interpuso recurso contra el auto de fecha 16-08-18, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia. Admitida la apelación y tras los trámites oportunos, se elevaron los autos a esta Audiencia, teniendo entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 4 de octubre de 2018 siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal. La fecha para la celebración de la DELIBERACIÓN VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 24 de enero de 2019.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

TERCERO.- Siendo ponente en esta segunda instancia al Ilmo. Sr. Presidente D. I.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate

1.- La representación procesal de D. M. recurre en apelación el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia, de fecha 16 de agosto de 2018, que acuerda la retirada del dispositivo electrónico que porta el recurrente para garantizar el cumplimiento de las penas de prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima. Para fundamentar este recurso afirma que:

1.1.- La valoración de riesgo victimal que se hizo en el año 2016 –calificándolo de grave– no responde a la situación actual dado que el Sr. M. ha realizado el curso de igualdad de género en el Centro Penitenciario, ha abonado la responsabilidad civil ex delicto, ha sido clasificado en tercer grado penitenciario y obtenido la libertad condicional, está efectuando las visitas con su hija S. en el punto de encuentro, está en un piso de la Asociación A. y sigue un itinerario específico de inserción social.

1.2.- El empleo de la pulsera telemática está dificultando el proceso de incorporación laboral, dado que suena constantemente debido a la pérdida de cobertura o a que se queda sin cobertura, lo que motiva que de forma frecuente acudan agentes de la Ertzaintza a su puesto de trabajo, repercutiendo en la imagen de la empresa en la que trabaja, lo que conllevó la pérdida del puesto de trabajo en G. y la posible no renovación en el trabajo que desempeña en ETT.

2.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Necesidad de protección de las víctimas

1.- El examen de la ejecutoria permite dejar constancia de los siguientes datos relevantes referidos al Sr. M.:

1.1.- La sentencia firme de 31 de enero de 2017, pronunciada por el Juzgado de lo penal nº 5 de Donostia, le condenó, como autor de un delito de maltrato no habitual concurriendo la agravante de reincidencia a, entre otras, la pena de dos años de prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima y, como autor de un delito de amenazas no condicionales, concurriendo la agravante de reincidencia, a, entre otras, la prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima por un plazo de dos años.

1.2.- La liquidación de las penas de prohibición de aproximación y comunicación fijó, en el caso de la pena de prohibición de aproximación, como fecha de inicio el día 12 de octubre de 2017 y como fecha de extinción el día 10 de octubre de 2021 y, en el caso de la pena de prohibición de comunicación, como fecha de inicio el día 18 de septiembre de 2016 y como fecha de extinción el día 16 de septiembre de 2020.

1.3.- La víctima, en entrevista mantenida con la Policía Judicial en fecha 25 de enero de 2018, una vez se acordó la propuesta de libertad condicional en la ejecución penitenciaria, solicitó que se sustituyera el servicio de vigilancia permanente que se fijó por el Juzgado de Instrucción nº 1 en el año 2016 (porque le condiciona su vida personal, laboral y la de su hija menor, de seis años) por la implantación de medios telemáticos de control para el seguimiento del cumplimiento de las penas de prohibición de aproximación. En el año 2016 la valoración del riesgo de revictimización fue especial lo que equivale a una muy alta probabilidad de que puedan darse nuevos incidentes violentos.

1.4.- El juez de ejecución penal, en el auto de 20 de febrero de 2018, acordó sustituir la vigilancia permanente de la víctima por la implantación de medidas telemáticas al Sr. M. a fin de supervisar el cumplimiento de las prohibiciones de comunicación y aproximación. Tras el recurso de reforma del penado, es confirmada esta medida por auto de 19 de marzo de 2018.

1.5.- La Juez de Vigilancia Penitenciaria acordó, en auto de 20 de abril de 2018, la libertad condicional y la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión pendiente de cumplimiento con efectos desde el día 7 de mayo de 2018, con obligación de cumplir las reglas de conducta establecidas en el programa individual y plan de seguimiento elaborado por la Junta de tratamiento, de que resida en el piso de acogida de A., que realice controles de alcoholemia durante los fines de semana en la Comisaría de la Ertzainta de y no abandone el territorio nacional sin autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

1.6.- La Asociación A. informa que desde la implantación de la pulsera telemática el dispositivo ha causado numerosos problemas al saltar la alarma, incluso, en no pocas ocasiones, estando el penado en el piso de acogida.

2.- El examen de la cuestión planteada en el recurso tiene las siguientes premisas para la ponderación posterior:

2.1.- El artículo 48.4 del Código Penal dispone que el juez o tribunal podrá acordar que el control de las penas de prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Por lo tanto, la implantación del dispositivo telemático en el penado es una injerencia jurisdiccional que tiene una previsión legal específica.

2.2.- El objetivo fundamental de las medidas de control público del cumplimiento de las penas de prohibición de aproximación y comunicación es evitar una revictimización. Por ello, constatado un riesgo especial o muy elevado de revictimización, las medidas que procede acordar para satisfacer las necesidades de protección de las víctimas deben condicionar la libertad del condenado, no la libertad de la víctima. En otras palabras: la protección de las víctimas no debe hacerse a costa de la libertad de las víctimas. Por ello, es preferible, como sistema de verificación del cumplimiento de las penas de aproximación y comunicación, el control telemático de los movimientos del penado al control físico de los movimientos de las víctimas.

2.3.- La afectación que el dispositivo telemático supone en la vida del penado –en sus diversas dimensiones– está justificada siempre y cuando sea un gravamen necesario para proteger a las víctimas y, además, constituya una injerencia proporcionada en el espacio vital del penado, al introducir en el mismo un coste inferior al grado de satisfacción de las necesidades de protección de las víctimas.

2.4.- La necesidad y proporcionalidad de la medida de implantación telemática acordada para controlar el cumplimiento de las penas de prohibición de acercamiento y comunicación es reevaluable, atendiendo al cambio de las circunstancias que justificaron su adopción, permitiendo, de esta manera, aquilatar la intensidad de la afectación a los intereses del penado a las necesidades de protección de las víctimas.

3.- En el caso presente los elementos anteriormente referidos justifican el mantenimiento de la decisión judicial adoptada. Es cierto que ha existido una evolución positiva del Sr. M. que, en principio, nos sitúa en un contexto diferente al concurrente en el año 2016, cuando se adoptó la decisión de que las prohibiciones de aproximación y comunicación –en aquél momento cautelares– se controlasen mediante la vigilancia permanente de la víctima (es decir, a costa de su libertad). La citada evolución justifica que en el marco de la ejecución penitenciaria de las penas de prisión se encuentre en un estadio jurídico –la libertad condicional con suspensión de la ejecución de lo que resta de penas de prisión– que le aproxima a la plena incorporación comunitaria. Sin embargo, desde la perspectiva de las necesidades de protección de las víctimas, no es suficiente el camino recorrido –plausible, sin duda– para estimar procedente dejar sin efecto el control telemático del cumplimiento de las penas de prohibición de aproximación

y comunicación. El tránsito del Sr. M. a la plena libertad debe ser gradual y, en el momento actual, el mayor espacio de autonomía con el que cuenta a partir de la libertad condicional no puede alcanzar la intensidad que pretende –eliminación del control telemático– porque las necesidades de protección de las víctimas, mediante el control eficaz del espacio de seguridad construido en torno a ellas, siguen vigentes –de hecho, como él afirma, la visita a su hija se efectúa en un Punto de encuentro, que es, precisamente, un espacio controlado–.

Por las razones aducidas, procede desestimar el recurso de apelación, declarando de oficio las costas del recurso.

LA SALA DISPONE

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. M. frente al auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián, de fecha 16 de agosto de 2018, declarando de oficio las costas del recurso.

30.- NOTA INFORMATIVA DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SEVILLA DE FECHA 01/02/2019

Manifestación de consentimiento de la libertad condicional y sus condiciones conforme a la nueva regulación.

NOTA INFORMATIVA

Centro Penitenciario: Centro Penitenciario de Sevilla - I

Legajo de comunicaciones con Centros Penitenciarios:

TEXTO

Se informa expresamente al interno por el jurista (y vista además la fecha de licenciamiento definitivo), que la libertad condicional supone:

1. La suspensión de la ejecución del resto de la parte pendiente por un plazo de entre 2 y 5 años.

2. Que en caso de revocación de la libertad condicional por las causas establecidas en la ley (incumplimiento de reglas de conducta, comisión de delito en período de libertad condicional, o cambio sustancial de circunstancias con cambio de pronóstico de falta de peligrosidad), el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena y el penado por tanto deberá cumplir la parte de pena que le quedase pendiente al momento de ser puesto en libertad condicional.

3. Que tras alcanzar la libertad condicional conforme a la legislación actual caso de recepcionarse en el Centro Penitenciario nuevas ejecutorias para su cumplimiento, las mismas no podrán ser refundidas (ni por tanto ampliada la libertad condicional) con las que tenga suspendidas, por lo que las nuevas ejecutorias que lleguen tendrá que cumplirlas, al no ser posible refundir causas suspendidas con otras en cumplimiento.

El interno queda enterado y con su firma acepta la concesión de la libertad condicional conforme a los artículos 90 y siguientes en su nueva redacción del código penal, posterior a la Ley Orgánica 1/2015.

Firma del interno:

31.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 07/02/2019

Se deniega la libertad condicional a interno que padece linfoma puesto que se considera que mantiene su capacidad delictiva.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al penado del Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez) propuesta 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 enfermedad, por las causas:

- Ejecutoria de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid (15 años por delito de agresión sexual).

II.- Se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de oponerse a la concesión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional por enfermedad a la vista del informe del médico forense del Juzgado que evidencia que el mismo presenta un estado aceptable de salud y autonomía, manteniendo la capacidad delictiva.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- Respecto a la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 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 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, 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 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 Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 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 no se ha acreditado que padezca en este momento enfermedad grave e incurable.

El Informe del médico-forense señala en relación con los padecimientos del penado:

“PARTE EXPOSITIVA: LINFOMA NO HODGKIN

El linfoma No Hodgkin (LNH) es un cáncer del tejido linfático. Este tejido se encuentra en los ganglios linfáticos, el bazo y otros órganos del sistema inmunitario.

Los glóbulos blancos, llamados linfocitos, se encuentran en el tejido linfático. Ayudan a prevenir las infecciones. La mayoría de los linfomas comienza en un tipo de glóbulo blanco llamado linfocito B o célula B.

Expectativas (pronóstico)

El LNH de bajo grado generalmente no se puede curar solo con quimioterapia. El LNH de bajo grado progresa lentamente y pueden pasar muchos años antes de que la enfermedad empeore o incluso requiera cualquier tratamiento.

La necesidad de tratamiento se determina por los síntomas, la rapidez con la que progresa la enfermedad y si los recuentos de glóbulos son bajos.

La quimioterapia puede curar muchos tipos de linfomas de alto grado. Si el cáncer no responde a la quimioterapia, la enfermedad puede causar la muerte rápidamente.

Las expectativas de supervivencia de este tipo de linfoma a los 5 años es superior al 70%.

Consideraciones médico-legales

El informado se encuentra actualmente en fase de tratamiento quimioterápico, al que está respondiendo favorablemente y que aún no ha finalizado, por lo que no se puede prever aún el resultado ni la posible curación de la enfermedad, y mucho menos el grado de supervivencia, encontrándose en este momento en un estado aceptable salud y siendo autónomo para todas las actividades de la vida diaria.

El tratamiento que recibe es factible de ser llevado a cabo en el centro penitenciario, como así se ha venido realizando hasta ahora, y además actualmente está prácticamente finalizado, faltando tan solo una última sesión de quimioterapia, tras la cual habrá que esperar y repetir las pertinentes analíticas y pruebas diagnósticas para valorar la remisión de la enfermedad o la continuación del tratamiento.

En momento actual no existen contraindicaciones que impidan la permanencia en el Centro Penitenciario en el que se encuentra, pudiendo

sin embargo modificarse esta situación si se produjese un empeoramiento clínico.

Por lo que el informado debería ser revaluado en los próximos 6/12 meses.

Conclusiones

1.- Las capacidades cognitivas del informado se encuentran conservadas, y las capacidades físicas mermadas de forma leve, por lo que la capacidad delictiva se conservaría, aunque ligeramente mermada en el momento actual, sin perjuicio de que esto puede cambiar en un corto o medio plazo.

2.- El linfoma No Hodgkin se considera una enfermedad grave sin lugar a dudas, pero no incurable puesto que la tasa de supervivencia a los cinco años alcanza más el 70% de los pacientes”.

Además no existe un pronóstico de baja peligrosidad porque en el estadio actual de su enfermedad mantiene la capacidad delictiva, lo que obliga a tener en cuenta las mismas variables que en los demás supuestos de libertad condicional, y en este caso, el interno cumple una condena de 15 años por delito de agresión sexual con la agravante de reincidencia, consta otra condena anterior por delito de violación a 30 años de reclusión mayor, existiendo por ello un riesgo muy alto de reincidencia, la libertad definitiva está prevista para una fecha todavía lejana (25/10/2022), no consta que haya seguido un programa de tratamiento relacionado con el tipo de delito cometido, no disfruta habitualmente de permisos, salvo alguno en vía de recurso de apelación concedido por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, habiendo denegado la Junta de Tratamiento y este Juzgado todos los estudiados hasta ahora, siendo la última denegación de 11/10/2018, fundamentada en la gravedad del delito, ausencia de vinculación significativa a efectos de permiso, no asunción de la responsabilidad civil con la víctima, que asciende a 18.000 euros, y falta objetiva de suficientes garantías de hacer buen uso del permiso, sin que conste en las actuaciones un cambio sustancial de esas circunstancias que justifique ni siquiera la progresión a tercer, pues manteniéndose la capacidad delictiva y teniendo en cuenta el tipo de delito cometido, por interno reincidente, ha de exigirse un plus que asegure la protección de la sociedad, por lo que procede la denegación de la libertad condicional.

VISTOS 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 enfermedad conforme al artículo 91.1 del Código Penal al penado del Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez).

32.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 3 DE FECHA 26/02/2019

Se deja sin efecto la libertad condicional (regulación Ley Orgánica 1/2015) al haberse incluido la causa respecto a la que fue decretada en la acumulación de penas del artículo 76 del Código Penal.

HECHOS

I.- Por auto de fecha 08/05/2018 dictado por el Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid, se concedió la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional por enfermedad conforme a lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal, estimando recurso de apelación contra el auto de este Juzgado de fecha 10/04/2018 desestimatorio del recurso de reforma planteado contra el auto de 09/03/2018 que se la denegaba, al penado F., en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, habiéndose recibido informes del Centro Penitenciario de Madrid V (Soto del Real) en los que se comunica el ingreso en prisión por una nueva causa ejecutoria recaída contra el citado liberado condicional, por hechos cometidos, según la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018, en los años 2009 y 2010, así como auto de acumulación de condenas recaído en fecha 02/11/2018 del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid en el que se acumulan con la nueva causa algunas de las causas incluidas en la suspensión y libertad condicional del penado (se excluye la Ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 2 de Madrid).

II.- Se remitió a informe del Fiscal que informó en el sentido que consta en las actuaciones.

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 Ley Orgánica 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 periodo, 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 Ley Orgánica 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.

II.- En el presente supuesto se concedió la suspensión y libertad condicional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, y la nueva condena recaída lo es por hechos anteriores a la suspensión y libertad condicional, por lo que ninguna incidencia, en principio, tiene en la libertad condicional conforme a lo razonado en el anterior razonamiento jurídico, pero en el presente supuesto hay un dato jurídico adicional, que obliga a dar una respuesta jurídica distinta a la nueva situación creada, y es que a instancias del propio penado se ha acordado la acumulación de alguna de las causas por las que el penado salió en libertad condicional con la nueva causa Ejecutoria, habiéndose ordenado el ingreso en prisión por las causas acumuladas por el Juzgado de Ejecutorias Penales, y la acumulación efectuada conforme a lo prevenido en el artículo 76 del Código Penal supone el renacer a la vida jurídica de las causas de la libertad condicional, que al tener la naturaleza de suspensión de pena, no estaban en cumplimiento, creándose una situación contradictoria, porque las causas de la libertad condicional incluidas en la acumulación efectuada estarían al mismo tiempo no cumpliéndose (suspensión) y cumpliéndose (ingreso en prisión por las causas acumuladas), por lo que procede dejar sin efecto la libertad condicional, y que se ejecuten todas

las causas, según lo acordado por el último Juzgado sentenciador, en aras del principio de unidad de ejecución, debiendo procederse por el Centro donde ha ingresado el interno a la clasificación inicial del penado, dado que desde el momento en que se hace efectiva la libertad condicional, con la naturaleza de suspensión de condena, el interno queda desclasificado, al requerir ésta que se esté cumpliendo una condena, y la suspensión lo que supone es que ya no se cumple, debiendo practicarse nuevas liquidaciones de las condenas, en las que no se incluya el período transcurrido en libertad condicional, durante el cual no se cumple condena, realizarse nueva refundición penitenciaria donde se incluya la nueva causa, y, en su caso, proceder a elevar nueva propuesta de libertad condicional al Juez de Vigilancia con competencia en el centro penitenciario en el que se ha producido el ingreso, si subsisten los motivos que dieron lugar a la concesión de la suspensión y libertad condicional con arreglo al artículo 91.3 del Código Penal.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se deja sin efecto la suspensión de la libertad condicional del penado F., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 08/05/2018 dictado por el Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

33.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 26/02/2019

Se aprueba la libertad condicional artículo 197 del Reglamento Penitenciario con obligación de presentarse ante los servicios sociales de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Que en este Juzgado se sigue expediente en virtud de propuesta de libertad condicional del Centro Penitenciario de 10 de enero de 2019 del penado, que se encuentra cumpliendo condena impuesta en la

Ejecutoria de la Audiencia Provincial de Pontevedra, habiendo extinguido las 2/3 partes de la misma el 27 de enero de 2019.

Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el que no se opone a la concesión de la libertad condicional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Considerando que el penado está clasificado en tercer grado, en virtud de acuerdo de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de 11 de enero de 2019 a los efectos de la aplicación de los artículos 197.1 y 82.1 del Reglamento Penitenciario y que a la luz del expediente merece la concesión de este beneficio de libertad condicional adelantada por el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena en fecha 27 de enero de 2019 y más consta que no existe responsabilidad civil que satisfacer, procede aprobar la propuesta de concesión de los beneficios de la libertad condicional en favor del penado.

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

PARTE DISPOSITIVA

S. S^a ACUERDA: 1.- APROBAR la libertad condicional, adelantada a las 2/3 partes de la condena al penado, respecto de a las causa que cumple, de conformidad a la propuesta del Centro Penitenciario de fecha 10 de enero de 2019.

2.- Deberá cumplir por el tiempo que reste para el total extinción de la condena las siguientes medidas de control, a riesgo de pérdida de la libertad que ahora se le concede:

a) Obligación de residir en el domicilio que consta en el expediente de libertad condicional, debiendo comunicar cualquier alteración del mismo que pretenda efectuar. La familia lo recogerá en la frontera España-Portugal (Tui-Valencia).

b) Presentación ante los Servicios Sociales penitenciarios de Vigo para seguimiento de su situación social, familiar y laboral.

c) Obligación de informar mensualmente dela situación socio-laboral a los servicios sociales del CIS de Vigo.

34.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 11/03/2019

No procede la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional cuando resulte desfavorable al reo.

HECHOS

ÚNICO.- Por la representación procesal del interno se presentó escrito de queja de fecha 11-02-2019 en base a los motivos que constan en el mismo.

Solicitado informe al Centro Penitenciario sobre la queja planteada, dicho Centro evacuó informe el día 27-02-2019.

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, informó en el sentido de desestimar la queja interpuesta.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Procede la estimación de la queja planteada por el interno acerca de la tramitación de su libertad condicional conforme a la regulación anterior al 1 de julio de 2015 toda vez que efectivamente se aprecia que dicha regulación le resulta aplicable por ser norma penal más favorable:

1.- El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2006 vino a resolver un recurso para la unificación de doctrina en relación al periodo de seguridad para la concesión del tercer grado, señalando como doctrina correcta aquella según la cual el tiempo mínimo para acceder al tercer grado establecido ex novo por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, no es aplicable retroactivamente a hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la señalada reforma.

Dicho precedente, aún único, condiciona en gran medida la solución que ha de darse al supuesto que ahora se plantea.

2.- No existe Disposición Transitoria alguna en la Ley Orgánica 1/2015 referida a esta materia.

Es de señalar, sin embargo, que sí existía una Disposición Transitoria única en la Ley Orgánica 7/2003 que, apostando por la aplicación inmediata del periodo de seguridad, señalaba: “Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en, el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respectó a la clasificación o progresión del tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de junio de 2006, antes citada, estimó que dicha Disposición Transitoria no incluía mención expresa alguna del artículo 36.2 del Código Penal (que regula el periodo de seguridad), por lo que, a juicio del Tribunal Supremo, en ausencia de norma transitoria, dicho periodo –en cuanto desfavorable– no era aplicable a hechos delictivos anteriores a la vigencia de la referida Ley Orgánica 7/2013

3.- La regla que establece el nuevo artículo 90.6 del Código Penal, en virtud de la cual en caso de revocación se cumplirá el resto de pena pendiente y el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado, como tiempo de cumplimiento de la condena, supone un modo de computar la duración de la pena distinto –y desfavorable– respecto del que existía antes de la reforma. Se asemeja por ello a la cuestión de fondo suscitada con la llamada doctrina Parot que fue resuelta en el asunto *Del Río Prada c/ España* por Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de julio de 2012 y confirmada por la Gran Sala en sentencia de 21 de octubre de 2013.

Es significativo que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esas sentencias, al debatir la doctrina Parot, se apartó de sus precedentes –que se invocan en el Voto Particular de la sentencia– que venían constituidos por las sentencias *Kafkaris c/ Chipre*; *Hogben c/ Reino Unido*; y *Uttley c/ Reino Unido*, en los que se estimó que los cambios legislativos posteriores endureciendo el régimen de la libertad condicional suponían meras modalidades de ejecución extramuros del artículo 7 del Convenio (principio de legalidad en la ejecución de las penas). Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Del Río Prada* se estimó que la doctrina Parot incidía en el modo de computar los beneficios, lo que

integra la propia duración de la pena (alcanzada por el artículo 7), y no constituye por ello una mera modalidad en la ejecución de uno u otro modo de la pena (cuestión no recogida en el artículo 7).

En paralelo con dicha cuestión, la libertad condicional, en la forma en que se ha regulado en el artículo 90.6 del Código Penal, incide en el modo de computar la duración de la pena puesto que, a diferencia de lo que se regulaba la legislación anterior, en caso de revocación no se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido en libertad condicional.

4.- La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, recoge en sus apartados 3.4. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y 14.1. Suspensión de la ejecución, una serie de reglas que parten de la idea matriz de que el régimen de suspensión de la pena (la libertad condicional pasa a ser en la reforma una modalidad de suspensión del resto de la pena que queda por cumplir) solo es posible que sea aplicado a hechos anteriores en cuanto resulte más favorable al reo.

En consecuencia, no es posible la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional a hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015 cuando ello resulte desfavorable al reo.

En atención a lo expuesto DISPONGO.

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando la queja: del interno se ordena que le sea tramitada la libertad condicional al interno conforme a la regulación anterior a Ley Orgánica 1/2015 y a tal fin librense las comunicaciones oportunas.

35.- SENTENCIA 269/2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 30/04/2019

El no reingreso tras la revocación de la libertad condicional no constituye delito de quebrantamiento de condena.

VISTO, en grado de apelación, ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial, el presente rollo de apelación, dimanante del Procedimiento Abreviado del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, seguido por un presunto delito de quebrantamiento de condena contra don L., autos que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado contra la Sentencia dictada el 17 de diciembre de 2018 por la Ilma. Sra. Magistrada del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: “FALLO: Condono a L., como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince meses de multa a razón de una cuota diaria de 4 euros (total 1.800 euros), con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Código Penal , así como al pago de las costas procesales”.

SEGUNDO. Contra la expresada sentencia formuló recurso de apelación el procurador en representación del acusado don L. Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las demás partes, siendo impugnado por el Ministerio Fiscal. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial, no siendo preceptivo el emplazamiento y comparecencia de las partes, se siguieron los trámites legales de esta alzada y quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO. En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. P.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos consignados en la sentencia apelada, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. 1. El motivo único del recurso denuncia una supuesta infracción del artículo 468.1 del Código Penal y de la jurisprudencia que lo interpreta. Entiende el recurrente que en caso dado no puede apreciarse la existencia de un delito de quebrantamiento de condena porque no se advirtió expresamente al penado, al serle notificado en fecha 12 de diciembre de 2017 el auto revocatorio de la libertad condicional, de que cometería un delito si no reingresaba de forma inmediata, lo que generó un error o confusión en aquel, quien, en cualquier caso, reingresó voluntariamente el 11 de enero de 2018, sin intervención de las fuerzas de seguridad. Su propósito nunca habría sido el de quebrantar, sino que solo ha faltado al requisito de la inmediatez, lo que no supondría más que una infracción administrativa sancionable en el ámbito penitenciario. Añade que es factor a tener en cuenta que el penado ha sido absuelto por el delito cuya supuesta comisión determinó la revocación de la libertad condicional. El recurso se ilustra con antecedentes jurisprudenciales sobre los requisitos o elementos del delito de quebrantamiento de condena.

2. El auto del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009 resume la jurisprudencia vigente sobre el delito de quebrantamiento de condena del 468 del Código Penal: Exige tres elementos: El primero un elemento normativo consistente en la previa existencia de condena impuesta en una sentencia firme, el segundo, un elemento objetivo o material consistente en la acción descrita por el verbo quebrantar, en el sentido de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la mencionada pena, y el tercero, un elemento 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 en principio que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna.

El tipo penal no requiere que se haya realizado una expresa información al interesado de la relevancia penal del incumplimiento del deber de reingresar. Basta con el dolo genérico: El conocimiento de la existencia de la condena y de que se está incumpliendo voluntariamente. En el caso dado no se puede acoger la tesis del acusado, de la supuesta confusión que le generó la resolución que revocaba la libertad condicional. El texto del auto revocatorio es claro. Su parte dispositiva, destacándolo en letra de imprenta negrilla, establece: “...De modo que el interno debe reingresar de inmediato en el Centro Penitenciario que corresponda, de modo que el penado, una vez sea notificado de este Auto, cada día que pase sin reingresar en el Centro, habrá de computarse como día de incumplimiento de la condena y se añadirá a su cómputo...En caso de no ingreso, se advierte al penado que este hecho se participará por este juzgado al Tribunal sentenciador, a los efectos de que se acuerde lo que proceda sobre su busca y captura.” El auto le fue notificado a don L. el 12 de diciembre de 2017, según consta en autos y el mismo acusado ha admitido. Entre el anuncio de las posibles consecuencias, el auto no incluye la comisión de un delito de quebrantamiento de condena (lo que se puede poner en relación con lo que se indicará en el siguiente fundamento de derecho), pero no por ello quedaría justificado un error de prohibición de acuerdo con el artículo 14.3 del Código Penal. La muy reciente Sentencia de Tribunal Supremo 87/2019, de 19 de febrero, recuerda que “no puede existir el error de prohibición si el agente está socializado normalmente y tiene un conocimiento usual de las normas de convivencia y cultura, bastando la mera sospecha de un proceder antijurídico, aunque desconozca con exactitud el tipo penal o la pena. Basta en consecuencia el conocimiento de la probabilidad de su actuar antijurídico para que resulte responsable de las consecuencias de la acción emprendida en esa situación (Sentencias de Tribunal Supremo 1171/1997, 302/2003, 1074/2004, 171/2006 o 429/2012, entre otras muchas)”.

SEGUNDO. Sin perjuicio de lo anterior, el recurso ha de ser estimado porque, en criterio de este tribunal, el incumplimiento de la orden de ingreso tras la revocación de la libertad condicional no tiene encaje en el delito de quebrantamiento de condena tipificado en el artículo 468 del Código Penal. Si bien la tesis que mantiene la sentencia que se apela cuenta con apoyo en diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, en la opinión de este tribunal la libertad condicional supone una suspensión de la ejecución de la sentencia privativa de libertad que, en caso de revocación, sitúa el estado de cosas en una posición análoga al del inicio de la ejecución. Es

tesis generalmente aceptada que no se incurre en quebrantamiento cuando, tras la firmeza de la sentencia, el penado incumple la orden de ingreso en centro penitenciario e incluso intenta ponerse fuera del alcance de las fuerzas de seguridad del Estado. Tampoco cuando, concedida la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia conforme a los artículos 80 y ss., esta es revocada y se ordena el cumplimiento. La situación que se plantea al revocarse la libertad condicional es análoga. De hecho, el artículo 90.3 del Código Penal establece para ella el mismo régimen de revocación previsto para la suspensión condicional, al remitir al artículo 86. La ejecución como actuación procesal se ha iniciado, pero la pena ha quedado suspendida conforme al artículo 90 del C.P., con la consiguiente liberación del penado preso. Esta suspensión de la pena no es incompatible con el control penitenciario que prevé el artículo 200 del Reglamento Penitenciario. Evidencia de que la pena está suspendida es que la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento, con la previsión (artículo 90.6 del Código Penal) de que el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena. La revocación de la libertad condicional exige un reinicio de la ejecución de una pena hasta el momento suspendida que no parece compatible con el quebrantamiento de condena descrito en el artículo 468.1 del Código Penal, que reclama una pena que esté siendo ejecutada.

En consecuencia, como se ha expuesto, interpretamos que el hecho probado no constituye el delito del artículo 468.1 del Código Penal, disponiendo el sistema de ejecución penal de otros medios para hacer efectiva la pena impuesta.

TERCERO. La estimación del recurso y la consiguiente absolución del penado comportan que deban declararse de oficio las costas causadas en primera instancia y en esta alzada (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don L. contra la sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2018 por

el Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, revocamos dicha resolución y en su lugar absolvemos al acusado del delito de quebrantamiento de condena por el que venía acusado, con todos los pronunciamientos legales a su favor y declarando de oficio las costas procesales causadas en primera instancia y en esta alzada.

36.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 18/10/2019

Se estima recurso contra revocación de libertad condicional. La comisión de delito de tenencia ilícita de armas no modifica el pronóstico favorable de integración social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto dictado el 1 de julio de 2019 confirmado, previo recurso de reforma, por otro de 25 de julio de 2019, el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Vigilancia, revocó el beneficio de la libertad condicional concedido al interno por auto de fecha 16-07-2010, ordenando su ingreso en prisión para continuar extinguiendo la condena.

SEGUNDO.- Admitido recurso de apelación contra estas resoluciones interpuesto por la representación procesal del interno, y remitido a esta sala el expediente, por Diligencia de Ordenación de 18 de octubre se designó magistrado ponente y los magistrados que forman Sala, y se señaló para deliberación y fallo el mismo día, donde se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

Es Ponente la Ilma. Sra. Presidenta, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El auto recurrido en apelación revoco el beneficio de libertad condicional concedido al interno al haber sido condenado por sentencia

filme 17/2017, de 1 de junio de 2017, por la comisión el 4 de junio de 2013 de delitos de tenencia ilícita de armas.

En el recurso de apelación se alega por la defensa del interno que el delito de tenencia ilícita de armas por el que ha sido condenado se derivó de una entrada y registro en el domicilio del interno por una investigación de blanqueo de capitales, hallándose un escopeta de su suegro, padre de su esposa, al que ha devuelto el arma, que la poseía legalmente. A ello añade que el hecho de encontrarse el arma en su domicilio fue una cuestión eventual, derivada de la propia relación de familia existente entre el condenado y su suegro.

SEGUNDO.- Consta en la sentencia dictada por la Sección 4ª el 1 de junio de 2017, en la que se condenó al interno como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, que la escopeta marca LAURONA, hallada en su domicilio, se encuentra amparada por guía de pertenencia expedida el 28/07/2005 a nombre de su suegro, que a su vez, es poseedor de licencia de armas tipo E (licencia de armas largas rayadas calibre 5,6 mm, escopetas y asimiladas folio 11.686).

Siendo así, y descubierta ese arma y con motivo de la investigación de un delito de blanqueo de capitales, del que fue finalmente absuelto, no se aprecia el cambio de la circunstancias que hubieran dado lugar a la concesión de la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada, que ahora requiere el artículo 92.3 del Código Penal. La tenencia de un arma de un familiar que estaba dotada de los correspondientes permisos administrativos, aunque fuera considerada como integrante de un delito de tenencia ilícita de armas no permite deducir que se haya modificado el pronóstico favorable de reinserción social en el que se basó la concesión de la libertad condicional, pues no consta que esa posesión irregular del arma estuviera acompañada de unas circunstancias que permitan deducir una especial peligrosidad del sujeto,

Debe, por ello, estimarse el recurso interpuesto y dejar sin efecto la revocación del beneficio de libertad condicional acordado en lo autos recurridos.

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

Vistos los artículos de aplicación,

La Sala acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno REVOCANDO los autos dictados el 1 y 25 de julio de 2019 por el Magistrado Juez del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dejando sin efecto la revocación de la libertad condicional del interno acordada en ellos, sin especial imposición de las costas de este recurso.

37.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 11/12/2019

No cabe la revocación ni la suspensión de la libertad condicional (Ley Orgánica 1/2015) por recepción de nueva causa penada por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional.

HECHOS

PRIMERO.- Por Auto de fecha 27 de diciembre de 2018 se acordó conceder la suspensión de condena y la Libertad condicional al penado a las 2/3 partes de cumplimiento, con las condiciones que en la referida resolución se especificaban.

SEGUNDO.- En fecha 5 de diciembre de 2019 se recibe oficio del CIS de Córdoba en el que se da cuenta que al penado ha sobrevenido una nueva ejecutoria por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional (Ej. del Juzgado de lo Penal nº 3 de Jaén. Seis meses y treinta días de prisión).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- El caso que se somete hoy a nuestra consideración, ha sido resuelto anteriormente por este juzgado recurriendo a una figura de construcción jurisprudencial anterior a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que, en aquellos supuesto en los cuales sobrevenía al liberado condicional una ejecutoria por hechos cometidos con anterioridad a la concesión de dicha libertad condicional, se ampliaba la misma previa refundición de la nueva causa con aquella o aquellas que

habían sido objeto de libertad condicional (artículo 193 del Reglamento Penitenciario) ya que en la legislación hoy derogada durante el periodo de libertad condicional, al que la Ley Orgánica General Penitenciaria denominaba cuarto grado de cumplimiento se seguía cumpliendo la pena. Caso de no cumplirse en el penado como consecuencia de la nueva ejecutoria los requisitos temporales (dos tercera partes o tres cuartas partes en su caso) en función de la modalidad otorgada de libertad condicional, se suspendían los efectos de ésta hasta tanto el penado alcanzase dichos límites temporales requeridos por el antiguo artículo 90 del Código Penal reanudándose posteriormente sus efectos previa que había sido la ampliación.

Existe no obstante otra corriente que entiende que con la nueva regulación, al definirse la libertad condicional como una forma de suspensión y no como modalidad de cumplimiento, no es aplicable la doctrina jurisprudencial antes citada. Basándose fundamente, en que en virtud de lo establecido en el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario no se puede refundir con la nueva condena que sobreviene al penado, aquella o aquellas otras que no están en cumplimiento por encontrarse suspendidas bajo condiciones que, de cumplirse culminarían con la remisión definitiva (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid de fecha 3 de noviembre de 2016 reiterado en otros posteriores).

Ciertamente, el cambio de naturaleza jurídica de la libertad condicional que ha pasado a regularse como una nueva modalidad de suspensión, obliga a reconsiderar la postura hasta ahora sostenida por este juzgado. Y, ciertamente, se llega a idéntica conclusión que la plasmada en la resolución antes citada. Sobrevenida una nueva ejecutoria al liberado condicional por hechos cometidos con anterioridad al otorgamiento de la suspensión de condena y posterior concesión de la libertad condicional, no cabe, ni la revocación de la misma (pues no se ha cometido delito alguno durante el periodo de suspensión ni se han infringido de forma grave o reiterada las reglas de conducta impuestas) ni procede la refundición al no encontrarse las causas suspendidas en cumplimiento por lo que, siendo perfectamente posible la compatibilización de una causa en cumplimiento con otra u otras que se encuentren suspendidas (práctica cotidiana de la ejecución penal en los tribunales sentenciadores) lo procedente es que continúe la suspensión y situación de libertad condicional de aquellas ejecutorias suspendidas y que el penado comience (o continúe) el cumplimiento de la nueva ejecutoria sobrevenida.

Caso de interesar al penado (sabedor de las causas que tenía pendientes cuando aceptó la suspensión de condena) la refundición de todas las ejecutorias pendientes de extinguir y que las mismas sean consideradas como una única pena a efectos de libertad condicional (artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario), siempre puede renunciar a la libertad condicional, renuncia perfectamente válida por no ser contraria al interés o al orden público ni realizarse en perjuicio de tercero (artículo 6 del Código Penal), en el claro entendimiento de que perdería el tiempo pasado en libertad condicional, que no sería en ningún caso computado de cumplimiento efectivo (artículo 90.6 del Código Penal).

Vistos los artículos citados demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

DISPONGO

Que no ha lugar a revocar, ni suspender y ampliar la presente suspensión de condena y libertad condicional concedida en su día al penado J.M.C.M. por auto de fecha 27 de diciembre de 2018. Debiendo el mismo comenzar o continuar si así lo ha dispuesto el tribunal sentenciador el cumplimiento de la nueva ejecutoria sobrevenida, y debiendo el Centro Penitenciario actuar conforme a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

38.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 16/12/2019

La competencia para tramitar la libertad condicional prevista en el artículo 91.3 del Código Penal le corresponde al tribunal sentenciador.

RELACIONADO CON EL NÚMERO 39

Dada cuenta, por recibido el anterior informe del Ministerio Fiscal, únase a la presente pieza, y, visto su contenido y en relación a las diferentes conversaciones mantenidas, infórmese, con copia de dicho: infor-

me, al Centro Penitenciario Monterroso de Lugo, que la competencia para tramitar la solicitud de libertad condicional en virtud del artículo 91.3 del Código Penal, enfermedad patente, corresponde al Juez o Tribunal sentenciador

Escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional de fecha 12-12-2019

Al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

EL FISCAL, evacuando el traslado acordado por Diligencia de Ordenación de 5 de diciembre de 2019, DICE:

Se da traslado al Ministerio Fiscal a fin de que informe, sobre la competencia de la libertad condicional del artículo 81.3 del Código Penal.

El Centro Penitenciario de Monterroso aporta informes médicos relativos a la aplicación del artículo 91.3 del Código Penal al interno, por enfermedad que pone en peligro la vida del interno de forma patente.

Es sabido que la libertad condicional viene regulada en los artículos 90, 91 y 92 del Código Penal. La normativa reguladora de este período de cumplimiento de la pena, que conlleva la excarcelación total del recluso con imposición de medidas o reglas de conducta cabe distinguir cuatro situaciones:

1ª.- Supuesto normal de libertad condicional regulado en el artículo 90 y que exige el cumplimiento de tres requisitos: estar en tercer grado, haber cumplido las 3/4 partes de la pena, y tener buena conducta.

También, para los que hayan extinguido dos terceras partes de su condena, que durante su condena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

2ª. Supuestos privilegiados de libertad condicional regulados en el artículo 91.1 del Código Penal: se otorga a los penados que hubieran cumplido setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena.

3ª. Supuesto para enfermos muy graves con padecimientos incurables en el artículo 91.1, último párrafo Código Penal.

4^a. Supuesto excepcionalísimo si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen médico forense artículo 91.3 del Código Penal.

Pues bien, con la reforma de esta materia por la Ley Orgánica 1/2015, se advierte que la competencia judicial se distribuye entre el juez de vigilancia penitenciaria, en este caso hay que entender juez central de vigilancia penitenciaria, y el juez o tribunal. Así, el legislador atribuye La competencia al juez de vigilancia penitenciaria a los supuestos; supuesto normal de libertad condicional regulado en el artículo 90; supuestos privilegiados de libertad condicional a los penados que hubieran cumplido setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena.

En cambio, la competencia para el supuesto excepcionalísimo de peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, la competencia corresponde al juez o el tribunal.

En el caso objeto de examen, la petición de libertad condicional es por el supuesto de peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente –artículo 91.3 del Código Penal–, por tanto, la competencia corresponde al juez o tribunal, por tanto, no corresponde al juez de vigilancia penitenciaria. Además, hay que señalar que el artículo 91.3 al regular este supuesto de libertad condicional se refiere a la “suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión”, que como es sabido la suspensión de la pena solo y exclusivamente la Puede conceder el juez o tribunal sentenciador.

Por todo lo expuesto; el Ministerio Fiscal estima que la competencia corresponde al tribunal, y no al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

39.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SERVICIO DE EJECUTORIAS DE FECHA 23/12/2019

Se remite testimonio al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria por considerarlo competente para resolver conforme a lo previsto en el artículo 91.3 del Código Penal. Se adjunta escrito de la Fiscalía.

RELACIONADO CON EL NÚMERO 38

En virtud de lo ordenado en el día de hoy, le remito el presente, en relación a la solicitud del Centro Penitenciario de Monterroso (Lugo) de fecha 29/11/2019 sobre la aplicación del artículo 91.3 del Código Penal al penado, informándole que se ha acordado por Providencia del día de la fecha remitir testimonio de los particulares necesarios al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para que, como competente en orden a la libertad condicional salvo los supuestos de condenado a prisión permanente revisable resuelva lo procedente conforme al artículo 91 del Código Penal.

Providencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de fecha 23-12-2019

Dada cuenta y visto el informe del Ministerio Fiscal de 17 de diciembre de 201, remito Testimonio de os particulares necesarios al Juzgado Central de Vigilancia para que, como competente en orden a la libertad condicional salvo los supuestos de condenado a prisión permanente revisable, resuelva lo procedente conforme al artículo 91 del Código Penal; órgano judicial al que no es dable plantear cuestión de competencia a esta Sala de lo Penal.

Escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional de fecha 17-12-2019

A la Sala

El Fiscal, despachado el traslado conferido en procedimiento referenciado, dice:

La regulación general sobre las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, contenida en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, establece con toda claridad en, su apartado b) que corresponde a

este órgano judicial “resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados... Partiendo de esta base general, cualquier otra disposición particular debe entenderse en armonía con la regla general, salvo que el tenor literal, de la regla específica lo haga imposible. Pues bien, no es caso del apartado el tercero del artículo 91 del Código Penal. Cuando se menciona al Juez o Tribunal en esta norma no es para hurtar la competencia al Juez de Vigilancia y atribuírsela de nuevo al tribunal sentenciador, lo que iría en contradicción rotunda con el principio de reemplazo del juez sentenciador, por el Juez de Vigilancia que inspira toda la legislación penitenciaria. La competencia, con carácter general, recae de nuevo en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la operación que se hace seguidamente al tribunal debe ponerse en relación con el único caso en el que el legislador ha querido que la libertad condicional dependa del tribunal sentenciador, a saber, cuando se ha impuesto la pena de prisión permanente revisable (artículo 92 del Código Penal), por la especial naturaleza de esta pena. Por consiguiente en todos los casos restantes, el Juez de Vigilancia seguirá siendo competente para acordar la libertad condicional, incluso cuando concurre peligro de muerte por enfermedad grave.

En consecuencia se atribuye la competencia al Juzgado Central con funciones de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de la aplicación del artículo 91.3 del Código Penal al penado.

CAPÍTULO V

LIBERTAD VIGILADA

40.- SENTENCIA 52/2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA DE FECHA 06/03/2019

Cuestiones sobre la imposición de la medida de libertad vigilada y la determinación de su contenido.

La Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado del Juzgado de lo Penal nº 3 de esta Capital, seguido por un delito de exhibicionismo en el que figura como apelante R. representado por la Procuradora y defendido por el Letrado, y el Ministerio Fiscal.

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 30-07-2018, que contiene el siguiente FALLO:

“Que debo condenar y condeno a R. como autor de dos delitos de exhibicionismo, con la concurrencia en ambos de la atenuante analógica muy cualificada de confesión, a la pena, por cada uno de ellos, de tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone además, por cada uno de los delitos, la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición al condenado de aproximarse a cada una de las menores, a una distancia inferior a 50 metros, así como de comunicarse con las mismas, durante un año, y en el sometimiento al tratamiento médico externo que viene siguiendo por el mismo tiempo de duración, es decir, durante un año.

El condenado abonará las costas causadas en esta instancia”.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte apelante y por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 13 de diciembre de 2018, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo 1136/18 señalándose para la Deliberación Votación y Fallo el día 24 de enero de 2019, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Magistrada A.

HECHOS PROBADOS

R., mayor de edad, sin antecedentes penales, sobre las 16:50 horas del día 24 de octubre de 2016, se acercó a la menor de siete años de edad nacida el 2009, cuando se dirigía al Centro de la localidad (Guipúzcoa) a recibir clase de danza, y tras mostrarle sus órganos genitales que sacó del pantalón procedió a realizarse tocamientos en el pene mientras miraba a la menor. Minutos más tarde R. volvió a repetir la misma conducta. Así, esta segunda vez, se acercó a la menor de siete años de edad, nacida en 2009, cuando al igual que la anterior, se dirigía al mismo Centro a recibir clase de danza, y de nuevo, extrajo sus órganos genitales del pantalón, realizándose tocamientos en el pene mientras miraba a la menor.

Tras la presentación de la correspondiente denuncia por parte de los padres de las menores y mediante los datos aportados por los mismos, puesto que R. era vecino del mismo inmueble en el que residía una de las menores, agentes de la Ertzaintza de la Comisaría, se pusieron en contacto con el mismo, el cual, voluntariamente, se personó con la Comisaría donde prestó declaración asistido por Letrado y reconoció íntegramente los hechos, expresando su arrepentimiento y facilitando con ello la investigación del delito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación legal de D. R. se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia solicitando su revocación

únicamente en cuanto al establecimiento de la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximación del condenado a cada una de las víctimas durante un año y a una distancia inferior a 50 metros, debiendo dejarse sin efecto dicha medida.

El presente recurso se fundamenta en infracción de la regulación legal y del desarrollo jurisprudencial de la medida impuesta, debiendo tener en cuenta lo siguiente:

- Se trata de dos hechos espontáneos de exhibicionismo contando el condenado con 19 años en aquella fecha.

- Ambos hechos se realizan en unidad de acto, produciéndose el mismo día y en las mismas circunstancias.

- El condenado reconoció los hechos, habiendo quedado patente la total colaboración, arrepentimiento y compromiso de no volver a reproducir los mismos.

- Han transcurrido dos años desde la comisión de los hechos sin que se aplicase ningún tipo de medida cautelar para evitar el acercamiento del condenado a las menores y sin que por los progenitores de éstas se solicitase ninguna medida similar, y sin que se haya producido ningún contacto entre víctimas y condenado

- El condenado vive en el mismo domicilio que una de las menores por lo que la aplicación de la medida de prohibición de acercamiento supondría una medida desproporcionada en relación a los hechos cometidos.

- Ha quedado acreditado que las menores no coinciden con el condenado.

- La manifestación de los padres de las menores respecto a que prefieren que sus hijas no coincidan con el condenado no justifica, por sí sola, la adopción de la medida de alejamiento ya que la misma debe adoptarse ante la posibilidad racional de que la actuación delictiva vuelva a cometerse.

- Tampoco se ha modulado la medida impuesta exceptuando de su aplicación el portal del edificio donde vive el condenado y una de las menores y los aledaños a dicho acceso.

Por parte del Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia solicitando que se acuerde la nulidad de dicha

resolución para que la juzgadora de instancia resuelva de forma motivada sobre si procede o no la imposición de la pena de prohibición de aproximación y comunicación solicitada por el ministerio público del artículo 57.1 Código Penal en relación con los artículos 48.2 y 3 del mismo texto legal.

Alega el Ministerio Fiscal que en el escrito de acusación se interesaba la imposición de dicha pena por tiempo de dos años, concretándose en el trámite de conclusiones la distancia de la prohibición de aproximación a 50 metros y ello con independencia de la medida de libertad vigilada que también se solicitaba en base al artículo 192.1 Código Penal, siendo que ésta última debe ejecutarse con posterioridad a la pena privativa de libertad a diferencia de la pena que es de ejecución inmediata, fundamentándose la imposición de dicha pena en los siguientes motivos:

- La necesidad de proteger a las menores ante posibles futuras injerencias del condenado en su ámbito de libertad sexual, dado el temor de los progenitores, la reiteración de actos similares confesada por el acusado y la proximidad del domicilio de las niñas a la vivienda de éste.

- La obligación de preservar la tranquilidad de las niñas.

SEGUNDO.- Por evidentes razones de eliminación de posibles obstáculos procesales, deberemos estudiar en primer lugar el recurso formulado por el Ministerio Fiscal al solicitar en el mismo la nulidad de la sentencia de instancia.

Dicha nulidad se fundamenta en una falta de pronunciamiento respecto de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, en concreto respecto de la pena de prohibición de aproximación a las víctimas.

Así en el escrito de acusación, se solicitaba por el Ministerio Público las siguientes penas:

- 10 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- 2 años de prohibición de aproximación a las víctimas del delito, su domicilio, centro de estudios, lugares de ocio o cualquier otro por ellas frecuentado.

- 2 años de prohibición de comunicación a través de cualquier medio.

- 2 años de libertad vigilada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 Código Penal. Se interesa que dicha medida de libertad vigilada consista en las siguientes medidas de seguridad de cumplimiento respectivamente sucesivo a la pena de prisión y prohibición anteriormente referidas:

* Seguimiento de un programa de educación sexual.

* Prohibición de aproximación a las víctimas del delito, su domicilio, centro de estudios, lugares de ocio o cualquier otro por ellas frecuentado.

* Prohibición de comunicación con las mismas a través de cualquier medio.

En el trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal elevó sus peticiones a definitivas.

La sentencia recurrida condena a R. a la pena de tres meses de prisión para cada uno de los delitos de exhibicionismo cometidos, con la inhabilitación especial solicitada, imponiendo como medida de libertad vigilada la prohibición de aproximación a cada una de las menores, a una distancia inferior a 50 metros, así como de comunicarse con las mismas durante un año y el sometimiento a tratamiento médico externo que viene siguiendo por el mismo tiempo de duración.

Efectivamente no se pronuncia la juez a quo respecto de la pena interesada por el Ministerio Fiscal de prohibición de aproximación y comunicación, ello al amparo del artículo 57.1 del Código Penal que establece que, para casos como el que nos ocupa de delito contra la libertad e indemnidad sexuales, el juez podrá acordar en sentencia la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 ello en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Efectivamente no cabe confundir dicha pena con la medida de libertad vigilada solicitada e impuesta por la juzgadora de instancia, sin embargo debemos tener en cuenta la solicitud formulada por el Ministerio Fiscal, en este caso la NULIDAD de la sentencia, sin formular petición subsidiaria o alternativa.

Dispone el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que si en el recurso de apelación se pidiera la nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren indefensión del

recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la primera instancia, se citarán las normas constitucionales y legales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

En este caso, como hemos indicado anteriormente, la sentencia de instancia contiene una omisión al no haberse pronunciado sobre una petición concreta formulada por la acusación, pero ello no implica que se haya producido la indefensión requerida para poder decretar la nulidad que se solicita, dado que existe la posibilidad legal de solicitar el correspondiente complemento de la sentencia con el pronunciamiento omitido, tal y como posibilitan los artículos 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que conste que en este caso el Ministerio Público solicitase dicho complemento pudiendo haberlo hecho, lo cual supone que en ningún caso se ha generado la indefensión denunciada, lo que conlleva que la pena sobre la cual ahora se solicita que la juzgadora de instancia se pronuncie se tenga por no impuesta, dado que la imposición de la misma resulta potestativa.

TERCERO.- Por lo que se refiere al recurso interpuesto por R., tal y como anteriormente se ha expuesto el mismo se contrae únicamente a la medida de seguridad impuesta en la sentencia recurrida, solicitando su no imposición.

El recurrente ha resultado condenado como autor de dos delitos de exhibicionismo del artículo 185 Código Penal por hechos cometidos el día 24 de octubre de 2016, uno a las 16,50 horas y otro minutos más tarde.

Establece el artículo 192 Código Penal, aplicable al delito anterior, que “a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”.

Pues bien, de dicho precepto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.- Distingue el precepto, para la imposición de la medida de libertad vigilada, si se trata de un delito grave o menos grave, resultando que en el primer caso la citada imposición resulta imperativa, mientras que en el segundo caso cabe la posibilidad de su no aplicación.

2.- Cuando se trata de delitos menos graves, la medida de libertad vigilada debe ser aplicada con carácter también imperativo cuando se haya cometido más de un delito ya que así lo expone de manera clara el mencionado precepto.

3.- Por lo tanto los requisitos exigidos para que no se imponga la citada medida es que se haya cometido un solo delito de índole sexual, que se trate de un delincuente primario y que se tenga en cuenta la menor peligrosidad del autor.

En el caso que nos ocupa, la medida de libertad vigilada impuesta lo ha sido correctamente por parte de la juzgadora de instancia dado que el Sr. R. ha sido condenado por DOS delitos de exhibicionismo, pluralidad ésta que cierra el paso a la posibilidad de no imposición de la misma.

Respecto del contenido de las medidas de libertad vigilada, el mismo viene regulado en el artículo 106 Código Penal, en el cual se establece que evidentemente dichas medidas deben imponerse en sentencia pero para su posterior cumplimiento a la pena privativa de libertad impuesta y a tales efectos, será en dicho momento cuando se concrete el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en dicho precepto.

En el caso que nos ocupa la juez de instancia ha procedido ya en sentencia a concretar el contenido de la medida de libertad vigilada impuesta, imponiendo en este sentido la prohibición de aproximarse a cada una de las menores a una distancia inferior a 50 metros, así como de comunicarse con las mismas durante un año y el sometimiento al tratamiento médico externo que viene siguiendo el acusado por el mismo tiempo de duración. Sin embargo, como hemos expuesto anteriormente, no debemos confundir la imposición de la medida de libertad vigilada y su duración, lo cual debe efectuarse en sentencia, y que en este caso resulta correcta por cuanto el recurrente ha resultado condenado como autor de dos delitos, con la fijación

del contenido de la misma en la misma sentencia, ya que dicha concreción se debe efectuar con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por lo tanto, en este caso, habiéndose impuesto la pena de tres meses de prisión por cada uno de los delitos cometidos, será cuando se proceda al cumplimiento o, en su caso, suspensión de la ejecución penitenciaria durante el periodo que se estime pertinente, cuando, en atención a las circunstancias que concurran en ese momento, se concrete el contenido más adecuado respecto de la medida de libertad vigilada impuesta.

Por todo lo expuesto procede la estimación parcial del recurso formulado.

CUARTO.- El contenido de la presente resolución conlleva la declaración de oficio de las costas de esta instancia.

FALLAMOS

1.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia de fecha 30 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de esta ciudad.

2.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado frente a la anterior resolución por la representación legal de D. R. en el sentido de mantener la medida de libertad vigilada impuesta en la sentencia aunque debiendo diferir a la fase posterior al cumplimiento de la pena de prisión impuesta o, en su caso, tras la finalización del plazo de suspensión en el supuesto de que se estime conveniente la misma, el contenido de dicha medida de libertad vigilada.

3.- Se mantienen el resto de pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida en lo que no se opongan a los indicados anteriormente.

4.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

41.- SENTENCIA 48/2019 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE FECHA 04/04/2019

Responsabilidad de la Administración Penitenciaria por no atender las exigencias de la libertad vigilada en los términos establecidos por el Tribunal Sentenciador.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona indicada en el encabezamiento, y con fecha 8 de febrero de 2018 se ha dictado Sentencia en cuya parte dispositiva textualmente se dice:

CONDENAMOS al acusado C. como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Condenamos a C. a la prohibición de que se aproxime al menor L., a su domicilio o cualquier otro lugar en que éste pueda encontrarse a una distancia inferior a mil metros así como la de comunicarse o relacionarse con él por cualquier medio durante el periodo de cumplimiento de la pena de prisión y por un tiempo superior en OCHO años a la pena de prisión impuesta.

Condenamos a C. a la medida de libertad vigilada por tiempo de ocho años desde la finalización de la pena de prisión sujeta al mecanismo legal referido en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

Por vía de responsabilidad civil CONDENAMOS a C. a pagar a L., a través de su representante legal, la suma de trescientos cincuenta euros (350 €) en concepto de curación de las lesiones y cinco mil euros (5.000 €) en concepto de daño moral, CONDENANDO a la GENERALITAT DE CATALUNYA como responsable civil subsidiaria al pago de dichas cantidades y como responsable civil directa a SEGURCAIXA ADESLAS, SA SEGUROS Y REASEGUROS. Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

y que en el caso de la aseguradora serán los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a todas las partes interesadas, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del Sr. C., además de por La Generalitat de Catalunya y por Segurcaixa Adeslas, en los que, tras expresar los fundamentos del recurso que cada recurrente tuvo por pertinentes, interesó, cada uno, la revocación de la sentencia recurrida en los términos que cada uno dejó establecidos.

TERCERO.- Admitidos a trámite dichos recursos se dio traslado de los mismos al resto de las partes personadas, para que en el término legal formularan las alegaciones que tuvieren por conveniente a sus respectivos derechos, con el resultado que es de ver en autos. Evacuado dicho trámite se remitieron las actuaciones a esta Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, para su Fallo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y registradas en esta Sala, sin celebrarse vista pública, al no solicitarse por el recurrente y no considerarse necesario, quedaron los autos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia, que dicen así:

PRIMERO.- El acusado C., de 48 años de edad, condenado por abuso sexual a menores en Sentencia firme de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21-6-2012, en el Procedimiento Abreviado, a la pena de prisión que extinguió el 25-7-2015, cumpliendo desde entonces la medida de libertad vigilada, de diez años (quiere decir ocho) impuesta en la misma sentencia, el día 7-2-2016, sobre las 11,30 horas, en la CALLE de Barcelona, abordó al menor, de 10 años de edad, que se encontraba solo y entabló conversación con él siguiéndole hasta su domicilio paterno y al entrar el menor en dicho inmueble, antes de que pudiera cerrar la puerta diciéndole que iba a ver a un amigo, subió detrás de él por las escaleras, y, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, empujó al menor contra la pared, le sujetó por los brazos, le subió la camiseta y le tocó la barriga, arañándole en la misma, llegando a meter una de sus manos debajo de su ropa interior tocándole el pene, mientras con la otra mano le

tapó la boca diciéndole que no lo contara a nadie, hasta que el menor, logró desasirse de él y subir hasta su domicilio.

A raíz de estos hechos L. sufrió lesiones que le fueron diagnosticadas el mismo día en el Centro médico donde fue reconocido, al haber contado a su padre lo sucedido: poliexcoraciones en hombro izquierdo, abdomen superior y cuadrante inferior derecho, parte proximal de muslo izquierdo y ambos escrotos, la mayor de 4 cm., hematoma en cara ventral del pene, de las que tardó en curar 7 días, sin secuelas.

SEGUNDO.- En virtud de la sentencia anteriormente referida, el acusado C., estaba sometido a la medida de libertad vigilada durante ocho años desde la finalización del cumplimiento de prisión, habiendo la Sección Novena de la AP de Barcelona dictado Auto de 10-7-2015, en el que se contienen las varias medidas adoptadas, entre ellas la prohibición de acercamiento a menores y a distintos lugares y zonas geográficas de forma “que esté siempre localizable por aparatos electrónicos mediante la colocación de un aparato GPS para su control y vigilancia”, todo ello a propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, medida basada en un informe de los servicios penitenciarios de la existencia de un alto peligro de reiteración delictiva, al haberse negado a realizar el programa de tratamiento de reeducación sexual y presentar signos de pedofilia, al haber sido condenado en varias ocasiones por delitos de abuso sexual a menores.

La materialización y control de dicha medida fue encomendada por el órgano judicial al Servei de Medi Obert de la Direcció General de Serveis Penitenciaris de la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya, ordenando la colocación de un medio electrónico de control y seguimiento (GPS), el mismo día que tuviera que salir en libertad. Asimismo se encomendó también al Area d'Execució de Mesures Penals Alternatives de la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya en oficio las medidas necesarias para el cumplimiento de todas las medidas de libertad vigilada impuesta al acusado

El 25-7-2015 el Servei de Medi Obert de la Direcció General de Serveis Penitenciaris instaló al acusado un medio electrónico GPS que permitía la comunicación interactiva con el penado, emitiendo señales de su ubicación y mensajes de alarma si transgredía la orden de restricción de los lugares prohibidos, detectando asimismo la existencia de batería baja además de posibles manipulaciones. Desde el 2-2-2016 hasta el 25-2-2016 C. carecía

de ningún tipo de control y se desconocía su localización, al carecer el aparato de batería, sin que el organismo lo pusiera en conocimiento del órgano judicial ni de ningún otro organismo de control. En la fecha de los hechos 7-2-2016 el aparato no emitió señal alguna por estar el aparato inactivo.

La Generalitat de Catalunya tiene contratado un seguro de responsabilidad civil con la aseguradora VIDACAIXA ADESLAS, SL –actualmente SEGURCAIXA ADESLAS, SA SEGUROS Y REASEGUROS–, el cual cubre las responsabilidades económicas derivadas de un deficiente o anormal servicio.

TERCERO.- El acusado sufre “un déficit intelectual leve con un CIO de 67” que en relación al desarrollo de los hechos concretamente enjuiciados no le alteró sus capacidades cognitivas ni volitivas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ratifican los de la Instancia, por ser conformes a Derecho.

SEGUNDO.- (...)

TERCERO.- I.- (...)

II.- La Generalitat de Catalunya impugna la sentencia con fundamento en la falta de concurrencia de los requisitos legales que los artículos 120.3 y 121 Código Penalexigen para atribuir la obligación de indemnizar a persona o entidad distinta a aquélla que ha causado materialmente el perjuicio de que se trate.

III.- La representación de SegurCaixa Adeslas Seguros y Reaseguros, por su parte, impugna la sentencia que nos ocupa por lo que hace a la declaración de la responsabilidad civil directa que el Tribunal a quo imputa a esta entidad apelante.

Así, se defiende, por un lado, que las condiciones de la póliza del seguro concertado con la Generalitat de Catalunya no cubren las reclamaciones e indemnizaciones por daños morales.

Por otro lado, se alega que, en realidad, no corresponde a la Generalitat de Catalunya atender el pago de los perjuicios que hayan podido causarse

al menor, al no ser (a entender de SegurCaixa) la asegurada responsable subsidiario de los mismos.

CUARTO.- (...)

QUINTO.- La representación de la Generalitat de Catalunya también impugna la sentencia dictada en autos por lo que hace a la responsabilidad civil subsidiaria que le viene impuesta en la resolución, arguyendo que el Tribunal de instancia hace una aplicación errónea del artículo 120.3 Código Penal, por cuanto, alega la recurrente, el mencionado precepto exige que los hechos de los que se derive responsabilidad civil ex delicto han debido cometerse en el establecimiento a cuyo titular se exige la indemnización del perjuicio en defecto del responsable criminal, no siendo, se afirma, éste el caso de autos, ya que el acusado, Sr. C., cometió los hechos fuera del centro penitenciario, y sometido a un régimen y control que pasaba, en primer lugar, por ser él el responsable de que el GPS de la pulsera electrónica que le fue colocada estuviera siempre en correcto funcionamiento a través de la carga regular de su batería.

Subsidiariamente, se defiende por la apelante que la Administración penitenciaria no ha incurrido en responsabilidad administrativa alguna (no se ha producido la infracción de reglamentos que exige el artículo 120.3 Código Penal) por cuanto se había encargado al propio penado mantener en correcto funcionamiento el GPS mediante el cual se procedía a su localización, cumpliendo la Administración con el resto de tareas que le fueron encomendadas por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y, en tercer lugar, se alega que, en todo caso, no existe nexo causal entre los hechos enjuiciados y una indebida actuación de la Administración Penitencia, en tanto que el delito se hubiera cometido de todos modos, porque “...el braçalet localitzador era de tot punt inidoni i ineficaç per a la finalitat d’evitar la reiteració delictiva del seu portador”.

Como es de ver en autos, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó contra el acusado sentencia que devino firme el 30 de julio de 2012 por un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, condenando al acusado a la pena de 4 años de prisión, e imponiendo la medida de libertad vigilada por tiempo de 8 años, de modo que en la fecha de extinción de la condena privativa de libertad de 25 de julio de 2015, el condenado fue requerido para el cumplimiento de dicha medida.

Para ello, unos días antes, el auto de 10 de julio de 2015 (folio 213) acordó imponer a C., como libertad vigilada, el sometimiento a un programa de educación sexual y, además, en lo que ahora importa, a que estuviera siempre localizable por aparatos electrónicos, acordando librar los despachos oportunos al Centro Penitenciario y al Servicio abierto de la Dirección General de Servicios Penitenciarios, “...para dar cumplimiento a esa medida de localización mediante aparatos electrónicos”, por cuanto el penado tenía prohibido acercarse a menos de doscientos metros de centros escolares, centros docentes, y centros o espacios lúdicos de menores, y parques.

Así, ese mismo día el Tribunal sentenciador remitió oficio a Mesures Penals Alternatives (folio 117 del Rollo de Sala) en el que interesa ser informado sobre la ejecución y control de la libertad vigilada, a la vez que el 15 de julio se remite otro oficio al centro para que procedieran a colocar al penado el aparato de control telemático.

Por oficio del 6 de agosto de 2015, el Tribunal solicita a la Subdirecció General de Reparació i Execució Penal informe quincenal relativo a los desplazamientos efectuados por el condenado.

Y, consecuencia de la incoación de D.P. por los hechos que ahora nos ocupan –y que significó la prisión provisional del encausado– en providencia de 18 de marzo de 2016, la dicha Sección acordó advertir de todo ello al Àrea de Informació i Seguretat de Medi Obert del Departament de Justícia de Catalunya, al objeto de que, cuando fuera posible, se reanudara el cumplimiento de la medida de libertad vigilada, con colocación de un nuevo dispositivo de control.

De todo ello se infiere, sin género de dudas, que correspondía a la Administración Penitenciaria de la Generalitat de Catalunya la colocación y control del dispositivo electrónico por el que se verificaban los desplazamientos del penado al objeto de hacer efectiva la medida de libertad vigilada que le había sido impuesta.

En cuanto a conocer en qué consistía la concreta medida de control telemático, a folios 227 y siguientes obra informe confeccionado por la Direcció General de Serveis Penitenciaris, a requerimiento del Juzgado Instructor de esta causa, en el que se da cuenta del funcionamiento del concreto dispositivo de localización que le fue colocado al investigado.

El informe fue confeccionado por B., funcionaria del Servicio de Medi Obert de Serveis Penitenciaris de la Generalitat de Catalunya, con cuya declaración se ha contado en el acto del juicio, después de haberse ratificado en aquél.

Explica la testigo que ella fue la encargada de colocar en el tobillo del Sr. C. la pulsera electrónica, que no podía quitarse porque, en caso de intentarlo, saltaría una alarma.

El dispositivo iba acompañado de un localizador GPS, que la persona debe llevar siempre consigo y que es el que da la información al programa informático sobre la ubicación del penado, que se compromete a tener siempre la batería cargada, de modo que si el GPS se descarga, el sistema informático no puede localizarle, aunque explicó la funcionaria que si se apaga el GPS, el sistema de control recibe un aviso de que no hay batería.

Según declaró la testigo, su labor consistía, simplemente, en remitir con periodicidad semanal un informe de los movimientos del penado; pero no controlaba al mismo durante las 24 horas del día; en todo caso, afirma en un momento de su declaración, hubiera accedido diariamente al programa de haberle sido así solicitado, pero nadie se lo pidió de este modo.

Dicho informe se remitía a Mesures Penals Alternatives.

El 24 de febrero de 2016 (unos quince días después de acaecidos los hechos que nos ocupan) se confecciona por el Área de Informació i Seguretat de la Direcció General de Serveis Penitenciaris comunicado sobre los movimientos del penado entre los días 18 de enero a 2 de febrero de 2016, sin que conste qué control se realizara entre el 2 y el 24 de febrero –los hechos enjuiciados se cometieron el 7 de febrero– aseverando la Sra. B. en el plenario que el 6 de febrero puede confirmar que el aparato en cuestión funcionaba pero que el día 7 de febrero (día de autos) el aparato de localización ya no estaba activo. En todo caso, no se ha aportado a los autos el informe relativo al periodo que va desde el 2 de febrero al 24 de febrero.

Pues bien, en esta tesitura, concluye el Tribunal sentenciador que la Administración Penitenciaria no ha funcionado con la diligencia debida en el control de las medidas de seguimiento del Sr. C., de modo que durante más de quince días, el acusado estuvo absolutamente fuera del control de los servicios penitenciarios, no constando en autos el posterior informe telemático a partir del día 2 de febrero.

Y hace a la Administración Penitenciaria de la Generalitat de Catalunya responsable civil subsidiaria del perjuicio causado al menor.

Este Tribunal comparte plenamente los razonamientos del órgano sentenciador, que damos aquí por reproducidos, focalizando los motivos de esa responsabilidad de la Administración en dos extremos que consideramos determinantes: el elevadísimo grado de peligrosidad y reiteración del penado en la comisión de hechos semejantes y, en segundo lugar, que, a pesar de ello, los Servicios Penitenciarios limitaron extremadamente el control y vigilancia del condenado, hasta el punto de que: a) se hacía depender sólo del compromiso del penado el que la batería de su GPS estuviera siempre cargada; b) el informe de sus movimientos era semanal, ni diario ni con control permanente, como exigía el auto de 10 de julio de 2015 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial; c) cualquier incidencia durante ese periodo en la localización del penado no se constataba, pues, hasta el siguiente informe, lo que d) suponía, en la práctica, que era perfectamente factible que el Sr. C. estuviera totalmente fuera del control de la Administración durante, como mínimo, una semana, e) desconociéndose, por lo demás, si se enviaron puntualmente el resto de informes al Tribunal sentenciador, porque sólo obra el informe de los folios 120 y siguientes, emitido el 24 de febrero y dando razón de los movimientos desde el 18 de enero a 2 de febrero, contando, además, con que el 7 de febrero, según asevera la Sra. B. en su declaración, el GPS no tenía batería, todo lo cual f) resulta muy alarmante si tenemos en cuenta que como la propia apelante reconoce en su escrito (aunque, curiosamente, con voluntad exoneradora de responsabilidad) la propia Junta de Tratamiento ya había advertido del alto riesgo de reiteración delictiva del individuo sometido a libertad vigilada que, además, les constaba que se había negado a someterse a ningún curso de reeducación sexual (folios 139 y siguientes autos principales).

En esta tesitura es obvio que la Administración penitenciaria requerida no atendió las exigencias de la libertad vigilada tal y como fue decidida y descrita por el Tribunal sentenciador en su auto de ejecución.

Esto último guarda estrecha relación con la mención que se hace en la sentencia sobre el contenido del Real Decreto 840/2011 de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución

de penas; su artículo 1 atribuye, con toda claridad, a la Administración penitenciaria, las competencias en ejecución de ciertas penas, recogándose en el artículo 2 las concretas penas y medidas que deberán atenderse, entre ellas, la de libertad vigilada, y refiriéndose el inciso 5 de este artículo a los establecimientos penitenciarios como los centros de la Administración penitenciaria destinados al cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.

Se da respuesta, de este modo, a la primera de las alegaciones contenidas en el escrito de apelación de la Generalitat, sobre que los hechos ocurrieron fuera de un centro penitenciario, lo que, a su entender, incumple el artículo 120.3 Código Penal. Con la legislación aplicable y en las circunstancias del caso que nos ocupa, el concepto de establecimiento donde se produce el delito va más allá, claramente, y por todo lo expuesto, del espacio físico donde ocurra el hecho punible.

En cuanto al segundo de los motivos (que no se ha producido infracción de reglamentos porque el encargado del correcto funcionamiento del GPS era el propio condenado), sólo resta decir que ése es, precisamente, el punto de inflexión de la responsabilidad de la Administración penitenciaria, porque, conocedora, mejor que nadie, de las condiciones del penado y de su renuencia a someterse a programas de reeducación, dejar a su sola voluntad el control de su localización, significaba una clara infracción de sus deberes y, por tanto, un flagrante incumplimiento de reglamentos o de disposiciones de la autoridad a los que se refiere el artículo 120.3 Código Penal.

Y, por último, la alegación de la falta de conexión entre la actuación penitenciaria y los hechos cometidos también se diluye, resultando incomprensible, a la vista de todo lo razonado que la defensa de esta tercera alegación de la recurrente se apoye en que “...el braçalet localitzador era de tot punt inidoni i ineficaç per a la finalitat d’evitar la reiteració delictiva del seu portador...” porque, sabiéndolo, nada de ello advirtieron al Tribunal.

El recurso, por tanto, se desestima.

SEXTO.- ...

SÉPTIMO.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, en virtud de las atribuciones que nos confiere la Constitución Española,

PARTE DISPOSITIVA

LA SECCIÓN DE APELACIÓN DE LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA HA DECIDIDO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa de C.A., de la GENERALITAT DE CATALUNYA y de SEGURCAIXA ADESLAS SEGUROS Y REASEGUROS contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 8 de febrero de 2018, en sus autos y, en su consecuencia, CONFIRMAR aquella Sentencia, declarando de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

42.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 11/11/2019

Concurrencia de la medida de libertad vigilada con nueva causa penada.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Santander de fecha 22-03-2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo del 2017 ha tenido entrada en este Juzgado procedente del Centro de Inserción Social José Hierro de Santander, informe de la Junta de Tratamiento del día 01/03/2017 referente al interno en dicho centro proponiendo que la MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA posterior e cumplimiento de la pena privativa de libertad Impuesta al penado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, se cumpla con el sometimiento a seguimiento psicológico cada dos meses en el Centro de Inserción Social de Santander,

presentación mensual en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado, prohibición de aproximación e centros escolares en horario de entrada o salida de escolares y prohibición de ausentaras del lugar donde reside sin la autorizador del Juez o Tribunal.

SEGUNDO.- Se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que ha Informado en el sentido que consta en autos mostrando su conformidad a la propuesta de medidas del artículo 108 del Código Penal efectuada por la Junta de tratamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Establece el artículo 23 del Real Decreto 840/2011, que en los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 108, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

SEGUNDO.- A tenor del informe recibido y siendo competente este Juzgado para elevar propuesta a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander que conoce de la ejecutoria para que, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 98 en relación con el artículo 106 del Código Penal, concrete el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada, fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el artículo 106.1 que habrá de observar el condenado, procede elevar propuesta en el sentido Informado por la Junta de tratamiento.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo elevar propuesta a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander para que concrete el contenido de la Medida de Seguridad de libertad vigilada impuesta al penado por un periodo de CINCO

años en y cuyo inicio está previsto para el 05/06/2017 proponiendo que dicha medida se cumpla con el sometimiento a las siguientes obligaciones o prohibiciones:

- obligación de seguimiento psicológico cada dos meses en el Centro de Inserción Social de Santander,

- obligación de presentación mensual en las Fuerzas y Cuerpos de seguridad de Estado,

- prohibición de aproximación a centros escolares en horario de entrada o salida de escolares y,

- prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin la autorización del Juez o Tribunal.

Debiendo el tribunal sentenciador velar para que dichas obligaciones y prohibiciones propuestas se cumplan.

Comuníquese al Centro de Inserción Social José Hierro y al Órgano sentenciador, debiendo este último remitir testimonio de la resolución que dicte a fin de que quede la debida constancia en si presente Procedimiento.

Auto de la Audiencia Provincial de Santander de 08-05-2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia remite auto con fecha 22 de marzo de 2017 con propuesta a fin de concretar el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta al penado por un periodo de cinco años, cuyo inicio está previsto para el día 5/6/2017 y proponiendo que dicha medida se cumpla “con el sometimiento a las siguientes obligaciones y prohibiciones:

- Obligación de seguimiento psicológico cada dos meses en el Centro de Inserción Social de Santander.

- Obligación de presentación mensual ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- Prohibición de aproximación a centros escolares en horario de entrada o salida de escolares.

- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez o tribunal.

Debiendo el tribunal sentenciador velar para que dichas obligaciones y prohibiciones se cumplan”.

SEGUNDO: Oídas las partes, únicamente la defensa solicitó que se dejase sin efecto la “prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez o tribunal” cuando sea consecuencia de su actividad profesional o, subsidiariamente, se le autorice a abandonar su lugar de residencia con la simple comunicación al tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 23 del Real Decreto 840/2011 prevé que la Administración Penitenciaria eleve un informe al Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre la evolución del penado a los efectos previstos en el artículo 106.2 del Código Penal. Conforme al artículo 106.2, párrafo segundo, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará la oportuna propuesta al órgano sentenciado, que, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 98, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones de entre las enumeradas en el artículo 106.1 del Código Penal que deberá seguir el penado. En cumplimiento del citado artículo 9, han sido oídos tanto el Ministerio Fiscal y víctima personada como el penado, quien ha formulado objeciones a la prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización a la vista de la dedicación profesional que va a realizar.

A la vista del contenido de la propuesta y de lo manifestado por las partes, considera que debe aprobar la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, si bien, primero, en cuanto a la prohibición de ausentarse del lugar en que reside, el mismo se deberá interpretar en el sentido de que tendrá obligación de comunicar al órgano judicial cualquier ausencia del lugar en que resida con una antelación mínima de diez días hábiles a que se produzca y señalando tanto el día inicial de ausencia como el día de retomo; si no existe decisión judicial en contrario en los cuatro días siguientes, deberá entenderse autorizado a trasladarse en los términos solicitados. Segundo, atendido el contenido de los artículos 98 y 106 del Código Penal, se consi-

dera que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria y no el tribunal sentenciador quien debe velar porque tales obligaciones se cumplan y es que, siendo el mismo el competente para proponer las medidas y los posibles cambios en las mismas así como el directo beneficiario de los informes sobre el mismo en los términos del artículo 98.1 del Código Penal (a diferencia de lo que sucede en el 98.2, en que expresamente se cita, para los supuestos allí regulados, al tribunal sentenciador además de ser quien, al menos anualmente, ha de elevar una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas, ello no tendría sentido si fuese este tribunal quien tuviese que controlar el cumplimiento de las medidas, limitándose la competencia de este órgano sentenciador a la adopción de las decisiones del artículo 106.2 y 3 pero siempre “por el procedimiento previsto en el artículo 98”, según el 106.2 o “por el mismo procedimiento del artículo 98”, que se refieren a la previa propuesta –o cuando menos comunicación– del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Que se aprueba la propuesta efectuada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria en relación con el penado el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta a P.L.L.S. por un periodo de cinco años, cuyo inicio está previsto para el día 5/6/2017, con las modificaciones que se han explicado en los Fundamentos de Derecho de esta resolución, debiendo someterse a las siguientes obligaciones y prohibiciones:

- Obligación de seguimiento psicológico cada dos meses en el Centro de Inserción Social de Santander.
- Obligación de presentación mensual ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- Prohibición de aproximación a centros escolares en horario de entrada o salida de escolares.
- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez o tribunal. Para la ejecución de esta medida, el penado tendrá obligación de comunicar cualquier ausencia del lugar en que resida con una ante-

lación mínima de diez días hábiles a que se produzca y señalando tanto el día inicial de ausencia como el día de retorno; si no existe decisión judicial en contrario en los cuatro días siguientes, deberá entenderse autorizado a trasladarse en los términos solicitados.

Debiendo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria velar para que dichas obligaciones y prohibiciones se cumplan.

Remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria y al Centro de Inserción Social José Hierro.

Auto de la Audiencia Provincial de fecha 29 de mayo de 2017

Por remitido oficio por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con providencia dictada por el mismo de fecha 26 de mayo de 2017, únase a las actuaciones.

Procédase a requerir al penado para que cumpla las obligaciones y prohibiciones contenidas en el auto de esta Sala de fecha 8 de mayo de 2017 y, asimismo, para que fije lugar de residencia del que no podrá ausentarse sino en la forma prevista en dicho auto así como domicilio para notificaciones y, en su caso, anótese la medida en el SIRAJ. Líbrese oficio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de poner en su conocimiento la prohibición de aproximación del penado a centros escolares en horario de entrada y salida.

Hecho lo cual, comuníquese al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a fin de que controle que dichas obligaciones y prohibiciones se cumplan y póngase en conocimiento del CIS y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la necesidad de comunicar a dicho Juzgado cualquier incidencia que surja durante la ejecución de las medidas acordadas. Y ello atendiendo el tenor de los artículos 98 y 106 del Código Penal, que no contemplan que sea el órgano sentenciador el que se encargue del control de la ejecución de las medidas, resultando más coherente que ello corresponda al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por ser a quien corresponde periódicamente proponer tanto la continuación como cualquier cambio de las medidas –lo que vendrá facilitado de ser quien se encargue de su control–, control que también ejerce en la ejecución de otras penas, como los trabajos en beneficio a la comunidad.

Auto de la Audiencia Provincial de Santander, de fecha 24 de julio de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictado auto por esta Sala con fecha 8 de mayo de 2017 aprobando las obligaciones y prohibiciones a que debía someterse el penado en esta causa en virtud de la libertad vigilada acordada en la misma, el Juzgado de Vigilancia Penitenciada de Cantabria remite auto de fecha 19 de junio de 2017 en el que acuerda proponer respetuosamente a la Ilma. Audiencia Provincial de Santander (Sección 1ª), en el curso de la Ejecutarla que el penado en el cumplimiento de la medida de seguridad impuesta de libertad vigilada, sea autorizado con carácter genérico y dé una sola vez a desplazarse diariamente hasta la localidad de Gama-Bárcena de Cicero (en la Comunidad Autónoma de Cantabria) a fin y efecto de ejercer y desempeñar el puesto de trabajo que en dicha localidad ocupa. Debiendo de regresar también a diario a la localidad donde reside (ciudad de Santander en la comunidad Autónoma de Cantabria)”.

SEGUNDO.- Oídas las partes, mostraron su conformidad con la propuesta si bien el Ministerio Fiscal entiende que debe condicionarse la autorización a que en el desplazamiento a la referida localidad tome una ruta que no implique el quebrantamiento de las penas de alejamiento impuestas en la sentencia ni de la libertad vigilada en cuanto no acercamiento a los centros escolares en horario determinado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 106.3.a) del Código Penal prevé la posibilidad de modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas después de su adopción siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 98. En cumplimiento del citado artículo 98, han formulado alegaciones tanto el Ministerio Fiscal como el penado.

A la vista del contenido de la propuesta y de lo manifestado por las partes, considera este tribunal que debe aprobarse la modificación en los términos señalados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, dejando sin efecto, por tanto, lo señalado en el auto anterior de esta misma Sala en cuanto se oponga al mismo. La aprobación de la modificación se justifica en el beneficio que supone para el penado la reintegración en la sociedad a través del desarrollo de un trabajo, tal y como se detalla en el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Respecto a las matizaciones u objeciones del Ministerio Fiscal, es obvio que los desplazamientos de ida y vuelta entre la localidad de residencia y la de trabajo deberán respetar el resto de medidas vigentes puesto que estas no se han modificado y su cumplimiento le resulta directamente exigible al penado sin necesidad de que se le reitere. Asimismo, y dado que en su momento este tribunal ya introdujo un matiz en el auto de 8 de mayo a fin de facilitar los desplazamientos por cuestiones laborales, debe ahora adaptarse dicho extremo al nuevo acuerdo.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Que se aprueba la modificación efectuada por auto de 19 de junio de 2017 del juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria en relación con el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta al penado en el sentido de que se deja sin efecto el párrafo de la Parte Dispositiva del auto de 8 de mayo de 2017 en cuanto señalaba “para la ejecución de esta medida, el penado tendrá obligación de comunicar cualquier ausencia del lugar en que resida con una antelación mínima de diez días hábiles a que se produzca y señalando tanto el día inicial de ausencia con el día de retomo; si no existe decisión judicial en contrario en los cuatro días siguientes, deberá entenderse autorizado a trasladarse en los términos solicitados” que se sustituye por la siguiente “se le autoriza para su desplazamiento diario entre la localidad en que reside, Santander, y la de Gama-Bárcena de Cicero, a fin y efecto exclusivo de ejercer y desempeñar el puesto de trabajo que ocupa en esta última localidad y debiendo retornar a diario a Santander”. Quedan subsistentes y sin modificar el resto de obligaciones y prohibiciones Impuestas en el auto de esta Sala de 8 de mayo de 2017, incluida la prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin

autorización del juez para el resto de supuestos distinto del permitido en esta resolución.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander, de fecha 06 de noviembre de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de octubre del 2017, el Centro de Inserción Social José Hierro de Santander a propuesta de la Junta de tratamiento de 25/10/2017 remitió a este Juzgado copia del atestado y sentencia condenatoria por delito leve de 17/10/2017 del Juzgado de Instrucción de Santander nº 5 impuesta al penado a los efectos que procedan, al estar el mismo sometido a libertad vigilada post penitenciaria, comunicando que el atestado y la sentencia hablan sido remitidas también a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander.

SEGUNDO.- Se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentido de que dado que el delito leve por el que ha sido condenado (hurto) no está relacionado con los delitos a que se refiere el procedimiento por el que está sometido a la libertad vigilada interesa el mantenimiento de la medida de seguridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- A tenor de los informes recibidos resulta procedente proponer al sentenciador al amparo del artículo 98 del Código Penal, el mantenimiento de la Medida de Seguridad, toda vez que, el delito leve por el que ha sido condenado (hurto) no está relacionado con los delitos a que se refiere el procedimiento por el que está sometido a la libertad vigilada.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo proponer al Tribunal sentenciador el mantenimiento de la Medida de Seguridad impuesta al penado.

Comuníquese al CIS José Hierro de Santander y al órgano sentenciador a efectos de que resuelva lo que proceda.

Auto de la Audiencia Provincial de Santander, a 5 de diciembre de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Fijado el contenido de la libertad vigilada referido al penado, se ha remitido documentación de que el mismo ha sido condenado por un delito leve de hurto. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ha dictado auto de fecha 6 de noviembre de 2017 en que propone el mantenimiento de la medida de seguridad impuesta al citado.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal ha Informado en el mismo sentido que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 98 del Código Penal prevé que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria debe elevar periódicamente una propuesta a fin de mantener, modificar, cesar o sustituir la medida.

A la vista del contenido de la propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, considera que debe aprobar la misma por idéntico argumento del señalado por el referido Juzgado, que el delito leve de hurto por el que ha sido condenado no está relacionado con los delitos a que se refiere el procedimiento por el que está sometido a libertad vigilada.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Que se aprueba la propuesta efectuada por auto de 6 de noviembre de 2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria en relación con el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada impuesta a

P.L.L.S. en el sentido de mantener la medida de seguridad Impuesta al mismo.

Providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander, de fecha 18 de diciembre de 2017

El anterior copia de auto de 5/12/2017 remitido por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial dictado en ejecutoria, únase al expediente de su razón y acúcese recibo del mismo.

Conforme dispone el artículo 98 Código Penal antes de que transcurra un año élévase nueva propuesta de mantenimiento cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de libertad vigilada al Tribunal sentenciador, salvo que antes ocurra una incidencia de la que haya que dar cuenta al tribunal sentenciador.

Comuníquese la presente resolución adjuntando copia del auto dictado por la Audiencia al CIS José Hierro de Santander a los efectos oportunos.

Habiéndose observado que no se ha comunicado al CIS José Hierro Providencia de 26 de julio dictada por este Juzgado notifíquese la misma adjuntando copia del auto dictado por audiencia el 24/07/2017 a los efectos oportunos.

Oficio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de fecha 17 de octubre de 2018

En virtud de lo acordado en resolución dictada en el día de la fecha en el expediente Medidas de Seguridad, Tratamiento Ambulatorio n° 0002917/2012 le dirijo el presente a fin de que para el supuesto de que el penado sea puesto en libertad, le instalen en ese mismo momento un dispositivo electrónico de control que permita su seguimiento permanente por haberse acordado auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander que además de mantener las medidas acordadas en medida de seguridad de libertad vigilada respecto del penado acuerda se le

coloque un dispositivo electrónico de control que permita su seguimiento permanente, todo ello una vez sea puesto en libertad.

Se adjunta copia de la providencia dictada en el día da la fecha y del auto de 11/10/2018 dictado por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Santander.

Providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de fecha 17 de octubre del 2018

Por recibido el anterior testimonio Auto de fecha 11 de octubre del 2018 dictado por la Audiencia Provincial de Cantabria Sección 1ª aprobando la propuesta efectuada por este Juzgado procediendo además del mantenimiento del contenido de la medida de libertad vigilada que el penado tiene ya impuesta se le coloque un dispositivo electrónico de control que permita su seguimiento permanente, todo ello una vez sea puesto en libertad, únase al expediente de su razón y acúcese recibo. Tómese nota registral y remítase copia de dicho Auto al Centro Penitenciario para su conocimiento.

Librese oficio al Centro Penitenciario El Dueso, para que en el supuesto de que el preventivo fuere puesto en libertad, le instalen en ese mismo momento, el dispositivo electrónico acordado por la Audiencia Provincial de Cantabria en auto de fecha 11 de octubre de 2018.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander, de fecha 22 de octubre de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Sección Primera de la Audiencia Provincial se dictó auto el 8/05/2017 aprobando la propuesta efectuada por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en relación con el penado indicando el contenido de la medida de libertad vigilada impuesta en dicha ejecutorio por un periodo de 5 años, posteriormente y por auto de 11/10/2018 en dicha ejecutoria, dicha Sección, y a la vista de que el mismo estaba preso preventivo, dictó nuevo auto aprobando la nueva propuesta efectuada por este Juzgado, procediendo además del mantenimiento del contenido de la medida de libertad vigilada ya impuesta, se le coloque un dispositivo electrónico

de control que permita su seguimiento permanente, todo ello una vez sea puesto en libertad condicional.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de octubre del actual y por petición de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a fin de elevar nueva propuesta de la medida de libertad vigilada por parte de este Juzgado a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial para su ejecutoria a los efectos de lo dispuesto en el artículo 97 y 98 del Código Penal, el Centro Penitenciario El Dueso, remitió informe sobre el interno, en el que consta que el mismo ingreso en calidad de preventivo el 28/07/2018 por delito de abusos sexuales seguidos en Procedimiento Abreviado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, continuando en prisión preventiva por dicho Procedimiento, habiéndose dictado sentencia condenatoria de 4 años de prisión el 8/02/2019 confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sentencia que no es firme al estar pendiente de resolverse recurso de casación por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que ha informado en el sentido de que dado que el penado está preso preventivo por un procedimiento de la misma Sección (de la que conoce la ejecutoria que le impuso la medida de libertad Vigilada), habiéndose dictado sentencia condenatoria no firme al estar pendiente de casación, interesa que se suspenda la medida de libertad vigilada conforme a las disposiciones del artículo 98, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, hasta que el penado sea puesto en libertad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Visto el estado del expediente remitido por el Centro Penitenciario y habiéndose acordado en su día la imposición de la medida de seguridad acordada por Auto de fecha 8 de mayo de 2017, iniciado su cumplimiento una vez cumplida la pena privativa de libertad que se llevó a término en fecha 5/6/17, el interno reingresa en el centro penitenciario en calidad de preso preventivo en fecha 28/07/18 situación en la que permanece en la actualidad pendiente de resolución del recurso de casación, por lo que claro es que la medida de seguridad únicamente será de aplicación en situación de libertad del penado no en el presente por lo que en su consecuencia procede dejar en suspenso la medida de seguridad acordada que se rehabilitará en su

día una vez alcance la libertad provisional todo ello conforme a las previsiones de los artículos 95 y siguientes del Código Penal.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo proponer a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santander la suspensión de la Medida de Seguridad Impuesta al penado en dicho procedimiento rehabilitándose la misma una vez alcance la libertad provisional.

Auto de la Audiencia Provincial de Santander, a 11 de noviembre del 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la presente Ejecutoria se ha solicitado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la suspensión de la Medida de Seguridad de Libertad Vigilada impuesta al penado, rehabilitándose la misma una vez alcance la libertad provisional.

SEGUNDO.- Se ha dado traslado a las partes habiéndose informado únicamente por el Ministerio Fiscal en el sentido de no oponerse a dicha suspensión en base a lo que deja expuesto.

TERCERO.- Se pone en conocimiento de este Tribunal que el ejecutado ha pasado de preso preventivo a penado, al haberse resuelto el recurso de casación que estaba pendiente en el Procedimiento Abreviado, habiendo dado como resultado una nueva ejecutoria de ésta Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con dispuesto en los artículos 95 y siguientes del Código Penal se acuerda dejar en suspenso la medida de seguridad de Libertad Vigilada acordada por auto de fecha 8 de mayo de 2017, así como lo acordado en fecha 11 de octubre de 2018 –en cuanto a la colocación de

un dispositivo electrónico de control–, mientras dure el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

PARTE DISPOSITIVA

SE SUSPENDE la Medida de Seguridad impuesta al penado mientras dure el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

43.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LUGO DE FECHA 10/12/2019

La competencia territorial para el seguimiento de la libertad vigilada vendrá determinada por el lugar de residencia del sujeto a la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En este Juzgado bajo número 519/2017/0001 se sigue expediente sobre libertad vigilada, subsiguiente a la pena de prisión del penado, consistente en la prohibición de acceder al término municipal de Avilés con control telemático de dicha prohibición.

Según informe remitido por el Centro Penitenciario, resulta que el penado ha fijado su domicilio en Castrillón (Asturias).

Por el Ministerio Fiscal se ha informado que la competencia territorial para el seguimiento de la Libertad condicional corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De acuerdo con el criterio de actuación número 118 de los aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (texto refundido actualizado, en 2018), se considera Juez de vigilancia Penitenciaria competente territorialmente para el seguimiento de la libertad vigilada subsiguiente a la pena d prisión al del lugar de residencia del individuo sujeto a

la misma (mismo criterio que en el seguimiento de las medidas privativas de libertad).

En el presente caso, consta que el penado ha fijado su lugar de residencia en Castrillón (Asturias), lo que conlleva a inhibir el conocimiento de las presentes actuaciones a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias, por ser el competente territorialmente para su conocimiento de conformidad con el criterio de competencia antes expuesto.

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la falta de competencia territorial, de este juzgado y se acuerda la inhibición de las presentes actuaciones a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias, por ser el competente territorialmente para conocer del expediente incoado en este Juzgado.

CAPÍTULO VI

LIMITACIONES REGIMENTALES

44.- AUTO 16/2019 DE AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ DE FECHA 22/01/2019

Se declara ajustada a derecho la aplicación de lo dispuesto en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario por indicios razonables.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por auto de fecha 25 de septiembre de 2018 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 10 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María declaró ajustado a Derecho el acuerdo de limitaciones regimientales aplicadas al interno por el Centro Penitenciario Puerto III.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la representación del interno, designada de oficio, por el citado Juzgado en el Expediente n° 4471/2018, se admitió el mismo y se dio traslado al Ministerio Fiscal, que impugnó el recurso, y se recibieron las actuaciones en la Audiencia Provincial, se formó el oportuno Rollo para conocer del recurso y previa deliberación se acordó por unanimidad en el sentido que seguidamente se expresa.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza el recurrente contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que declaró ajustado a Derecho el acuerdo adoptado por la Dirección del Centro Penitenciario de limitación regimienta en aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.

SEGUNDO.- El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución, las personas recluidas en centros

penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1996, de 29 de octubre).

En el mismo sentido, el Reglamento Penitenciario dispone en sus artículos 3º y 4º que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley; que los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes; y que los internos tienen derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.

TERCERO.- Por otro lado, el artículo 75.1 del propio Reglamento Penitenciario señala que los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas para el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado.

Estas limitaciones, especialmente cuando se orientan a garantizar la seguridad y el buen orden del centro penitenciario, deben ser interpretadas de manera restrictiva y los acuerdos en las que se impongan exigen una motivación adecuada para preservar los derechos de los internos.

En este caso, la resolución cuestionada se dictó a consecuencia de indicios razonables, a resultas del hallazgo en poder del interno de una bellota de hachís tal y como se recoge en la resolución recurrida, y por lo que se ha incoado expediente disciplinario, además de por la coincidencia temporal entre el disfrute de una comunicación familiar el día anterior y el hallazgo de la bellota de hachís a resultas del registro de su celda al día siguiente así como la atención que tuvo que recibir en enfermería ese mismo día con carácter de urgencia por sobredosis de sustancias tóxicas otro interno del mismo módulo y que tuvo que ser trasladado al hospital urgentemente de forma que las medidas regimentales no solamente estaban sustentadas en indicios o sospechas razonables, sin que se exija la certeza de los hechos y para lo que está el expediente disciplinario, sino que además se adoptaron para preservar la seguridad tanto del interno sujeto a la limitación aplicada

como del resto d internos del módulo, sin que el resultado negativo arrojado por la placa radiológica realizada al interno contradiga la legalidad de la medida adoptada la cual solamente se mantuvo durante un día con lo que resulta proporcionada a las circunstancias en un contexto de evidente riesgo para la seguridad de los internos del módulo, interno que además contaba con expedientes anteriores por introducción y posesión de sustancias prohibidas.

De forma que la aplicación de la medida regimental era acorde a los datos que se conocían en el momento de su adopción, contando con inmediatez temporal de los hechos y una sospecha razonable sobre los mismos, con lo que la decisión fue correcta a fin de mantener la seguridad y buen orden del Establecimiento y la normal convivencia en el Módulo.

La Sala considera que la medida adoptada se encontraba justificada a la entidad de los hechos y era proporcionada pues se limitó a mantener al interno en el módulo de ingresos y restringir las salidas al patio del interno limitándolas a cinco horas diarias y con acompañamiento de otros internos y solo provisionalmente hasta su revisión de grado o traslado y se ha alzado un día después tal y como está informado en el expediente y dado cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del acuerdo de la medida.

Por tanto, apreciamos que no se ha vulnerado derecho alguno del recurrente y que el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es ajustado al ordenamiento jurídico, por lo que el recurso debe ser rechazado.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables.

LA SALA RESUELVE

PRIMERO.- Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Apelación sostenido en esta instancia por el letrado en defensa del interno contra el Auto de fecha 25 de septiembre de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María en el Expediente nº 4471/2018 y, en su consecuencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN EN SU INTEGRIDAD.

45.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 21/06/2019

Se declaran no ajustadas a derecho las limitaciones regimentales al no cesar las mismas después del mantenimiento en 2º grado.

HECHOS

PRIMERO.- Que por acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario de Huelva, de fecha 3-06-19, se acordó el cese de las limitaciones regimentales del artículo 75.1º, aplicadas al interno.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio éste interesó en el sentido de “Visto, archivo”.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Que a la vista de los datos e informes que obran en este Juzgado, procede declarar no ajustado a derecho el acuerdo de 3-06-19 en cuanto que una vez acordado por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social en fecha 30-05-19, el mantenimiento en 2º grado del interno, debió procederse de forma inmediata al cese de las limitaciones regimentales aplicadas al interno, sin que sea admisible en forma alguna la continuidad en las mismas durante 4 días más, hasta el 3-06-19, debiendo haberse decidido la ubicación del interno en el módulo procedente el mismo día del acuerdo clasificatorio.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.S.^a DISPONE: DECLARAR NO AJUSTADO A DERECHO el acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario de Huelva, de 3-06-89, de cese de las limitaciones regimentales del artículo 75.1º, del interno, debiéndose con carácter general proceder al cese inmediato de las limitaciones regimentales en todos los supuestos en que por Junta de Tratamiento o por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social se acuerde la

continuidad en 2º grado de internos a los que se les hayan aplicado limitaciones regimentales del artículo 75.1º del Reglamento Penitenciario.

CAPÍTULO VII

ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

46.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 09/07/2019

Se estima demanda interpuesta contra Bélgica en relación a la denegación por parte de las autoridades belgas a ejecutar las OEDES dictadas por España contra presunta implicada en la muerte del padre de los demandantes.

TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició mediante demanda (nº 8351/17) contra el Reino de Bélgica, mediante la que cinco nacionales españoles (“los demandantes”) interpusieron un recurso ante este Tribunal el 16 de enero de 2017 en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”). Los datos personales de los demandantes figuran en la relación adjunta.

2. Los demandantes han estado representados por M.L., abogada en Madrid. El Gobierno belga (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, la Sra. I. N., del Servicio Público Federal de Justicia.

3. Invocando el aspecto procesal del artículo 2 del Convenio, los demandantes se quejan de que las autoridades belgas se negaron a ejecutar la orden de detención europea dictada por las autoridades españolas contra N.J.E., presuntamente implicada en la muerte de su padre, lo que impide el desarrollo de un procedimiento penal en su contra.

4. El 14 de marzo de 2017, la demanda fue comunicada al Gobierno. Los demandantes y el Gobierno presentaron observaciones por escrito sobre la admisibilidad y el fondo del asunto (artículo 54.2 del Reglamento). El Gobierno español ha ejercido su derecho para intervenir en calidad de tercero interviniente (artículo 36.1 del Convenio y del artículo 44.1.a) del Reglamento). También se recibieron observaciones de N.J.E. y de la asociación *Colectivo de víctimas del terrorismo* (“COVITE”), que fueron autorizadas a intervenir en el procedimiento escrito en calidad de terceros intervinientes (artículo 36.2 del Convenio y artículo 44.3 del Reglamento).

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

I.A. Contexto

5. Los demandantes son hijos del teniente coronel R., asesinado el 19 de enero de 1981 en Bilbao (España) por un comando que afirmaba pertenecer a la organización terrorista ETA. Un presunto miembro del comando, N.J.E., ciudadana española de origen vasco, es sospechosa de haber disparado a quemarropa contra el padre de los demandantes.

6. Una de las hijas de R. se personó en ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del delito en España. En mayo de 2007, todos los miembros del comando fueron condenados por los tribunales españoles, excepto N.J.E. La misma, tras los acontecimientos de 1981, huyó primero a México antes de establecerse en Bélgica.

I.B. Procedimientos de entrega analizados

I.B.a. Primer procedimiento de entrega

7. El 9 de julio de 2004 y el 1 de diciembre de 2005, un juez de instrucción de la Audiencia Nacional española dictó sendas órdenes de detención europeas (Orden de Detención y Entrega) contra N.J.E. con el fin de proseguir el procedimiento penal por tentativa de asesinato y terrorismo cometidos en Bilbao el 14 de junio de 1981, por un lado, y por participación en organización criminal, terrorismo, homicidio doloso, asalto y agresión grave y asesinato, cometidos en Bilbao el 19 de enero de 1981, por otro.

8. N.J.E. fue detenida por Auto del juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Gante de 9 de octubre de 2013.

9. Mediante Auto de 16 de octubre de 2013, la Sala del mismo Tribunal tras deliberación a puerta cerrada declaró las Orden de Detención y Entrega ejecutables.

10. N.J.E. recurrió dicha resolución. En principio alegó que la ejecución de la Orden de Detención y Entrega debía denegarse debido a la prescripción de la acción pública con arreglo al Derecho belga, y que los hechos estaban sujetos a la jurisdicción extraterritorial de los tribunales belgas (artículo 4.4º de la Ley sobre Orden de Detención y Entrega de 19 de diciembre de 2003, véase el apartado 25 infra). Además, alegó que tenía motivos fundados para creer que la ejecución de dichas Orden de Detención y Entrega tendría como efecto infringir sus derechos fundamentales amparados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (“UE”) (artículo 4.5º de la Ley anteriormente mencionada).

11. El 31 de octubre de 2013, fundándose en los artículos 6 y 7 del Título Preliminar del Código Penal belga (véase el párrafo 26 infra), la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelación de Gante dictaminó que N.J.E. no estaba sujeta a la jurisdicción penal belga. Consideró que efectivamente N.J.E. no tenía su residencia oficial en Bélgica. Observó además que N.J.E. no estaba siendo procesada en Bélgica por ninguno de los delitos previstos en el Artículo 6 del Título Preliminar del Código Penal belga. Por último, observó que no había ninguna “denuncia por parte de un extranjero perjudicado o de su familia” ni “notificación oficial a las autoridades belgas por parte de la autoridad del país en el que se cometió el delito” en el sentido del artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Penal belga.

12. No obstante, la Sala de Apelación rechazó la ejecución de la Orden de Detención y Entrega en base al artículo 4.5º de la Ley sobre órdenes de detención europeas. En su opinión, los actos punibles debían situarse en el contexto más amplio de la historia política contemporánea española y en el contexto personal de N.J.E. quien, tras haber participado activamente en el “movimiento armado de resistencia vasca” cuando tenía entre los 20 y los 30 años, se había convertido en una mujer de 55 años, profesionalmente activa que llevaba una vida normal en Gante. Además, basándose en un informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura sobre la visita periódica a España realizada del 31 de mayo al 13 de junio de 2011, la Sala

consideró que había motivos fundados para creer que la ejecución de la orden de detención europea infringiría los derechos fundamentales de N.J.E. garantizados por el artículo 6 del Tratado UE. En particular, consideró que:

« (...) los acusados por hechos punibles, por motivos presuntamente terroristas, deben someterse en España a otro régimen de privación de libertad, en condiciones degradantes que pueden ir acompañadas de torturas y con un contacto muy limitado con el mundo exterior (familia, abogado y asistencia), de lo cual existen indicios (...). El primer juez y el ministerio público sostienen erróneamente que existe, también para los antiguos miembros de los movimientos de resistencia vascos, a los cuales [la interesada] pertenecía con toda probabilidad, una presunción del respeto de los derechos fundamentales en España.

En primer lugar, no existe nunca una presunción de respeto de los derechos humanos.

En segundo lugar, la propia ley contradice la existencia [de tal presunción], ya que la persona afectada por la orden de detención europea tiene derecho a demostrar y hacer plausible que existen motivos graves para temer una violación de los derechos humanos. Esta garantía adicional se ofrece precisamente en el contexto jurídico estrictamente europeo.

Los informes de las organizaciones internacionales apoyan este grave temor.

En tercer lugar, en ninguna parte de la Ley se exige que se demuestre que se violarían los derechos fundamentales con absoluta certeza».

13. Finalmente, la Sala del Tribunal de Apelación ordenó la puesta en libertad de N.J.E.

14. La Fiscalía belga recurrió dicha sentencia en casación. En particular, consideró que, de conformidad con el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”), la denegación de extradición por violación de los derechos fundamentales del interesado debe justificarse mediante elementos de prueba pormenorizados que demuestren un riesgo manifiesto de sus derechos y que puedan refutar la presunción de respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, la sentencia de la Sala de Apelación no aportaba ninguna prueba específica que demostrara el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de N.J.E., y estaba redactada en términos tan generales que la presunción de respeto de los

derechos humanos de que disfrutaba el Estado emisor de la Orden de Detención y Entrega invalidarse.

15. Mediante sentencia de 19 de noviembre de 2013, el Tribunal de Casación desestimó el recurso de la Fiscalía. En cuanto a los principios aplicables en el presente asunto, recordó que:

“En virtud del artículo 4.5º de la Ley de 19 de diciembre de 2003, se deniega la ejecución de una orden de detención europea si existen razones fundadas para creer que la ejecución de dicha orden tendría por efecto vulnerar los derechos fundamentales de la persona en cuestión, amparados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, es decir, los garantizados por el Convenio y que, en tanto que principios generales del Derecho comunitario, se derivan de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión Europea.

Del considerando (10) del preámbulo de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, se desprende que el mecanismo de la orden de detención europea se basa en un alto grado de confianza entre Estados miembros. Este alto grado de confianza entre los Estados miembros implica una presunción de respeto por parte del Estado emisor de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 4.5º de la Ley de 19 de diciembre de 2003 sobre la orden de detención europea.

Teniendo en cuenta este principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la denegación de entrega debe justificarse mediante pruebas pormenorizadas que indiquen un peligro claro para los derechos fundamentales de la persona de que se trate y que puedan refutar la presunción de respeto de los derechos de los que se beneficia el Estado emisor.

El juez valorará soberanamente si las pruebas pormenorizadas aportadas para acreditar un peligro manifiesto para los derechos fundamentales de la persona interesada son suficientes para refutar la presunción anterior. El Tribunal [de Casación] examina únicamente si el juez ha extraído consecuencias que no tienen un vínculo con los hechos que se consideren acreditados o que no se puedan derivar a partir de los mismos».

En cuanto a las circunstancias del caso concreto, el Tribunal de Casación consideró que:

La sentencia resuelve que, con respecto de la acusada, existen motivos fundados para creer que la ejecución de las órdenes de detención europeas tendría por efecto una vulneración de sus derechos fundamentales, ya que *“los acusados de delitos punibles por presuntos motivos terroristas deben someterse a otro régimen de privación de libertad en España, en condiciones degradantes que pueden ir acompañadas de tortura y con un contacto muy limitado con el mundo exterior (familia, abogado y asistencia)”* y se remite, a tal efecto, a los informes de 2011 del Comité del Consejo de Europa para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

Así pues, la sentencia justifica jurídicamente la denegación de la extradición porque existen razones fundadas para creer que la ejecución de las órdenes de detención europeas infringiría los derechos fundamentales de la persona reclamada, en los términos en que los mismos se encuentran consagrados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

El motivo no puede ser estimado».

16. Mediante carta de 27 de noviembre de 2014, emitida en respuesta a la de uno de los demandantes referida a la negativa en ejecutar la orden de detención europea contra N.J.E., el Presidente Primero del Tribunal de Casación especificó que el incumplimiento en la ejecución de una orden de detención europea no implicaba necesariamente la impunidad de la persona objeto de la misma. Añadió que:

“Existen otros procedimientos que corresponde poner en marcha a la autoridad competente, llegado el caso, para permitir el enjuiciamiento de las personas sospechosas de haber cometido delitos y que ya no se encuentren en el territorio del Estado en el que presuntamente aquellos se cometieron. A este respecto, dejamos a su consideración la conveniencia de efectuar una gestión ante la Fiscalía Federal».

I.B.b. Segundo procedimiento de entrega

17. El 8 de mayo de 2015, el juez de instrucción de la Audiencia Nacional emitió una nueva orden de detención europea contra N.J.E. en relación con los hechos cometidos en Bilbao el 19 de enero de 1981, calificados concretamente de “asesinato terrorista” con arreglo a la legislación española. En cuanto al supuesto riesgo de tortura en España puesto de manifiesto

por la Sala de Apelación, aclaró que el informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura fue impugnado por el Gobierno español en marzo de 2012 y que, durante las visitas periódicas posteriores en 2012 y 2014, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura no volvió a mencionarlo. En cuanto a la detención en régimen de incomunicación, indicó que estaba estrictamente regulada: sólo puede imponerse en casos excepcionales de investigación de bandas armadas o terroristas; toda persona tiene garantizado un examen forense y el Mecanismo Nacional de Prevención de La Tortura incluye la posibilidad de visitas no anunciadas del Defensor del Pueblo; la persona detenida tiene derecho a la asistencia de un abogado durante las actuaciones policiales y judiciales; la detención está siempre bajo control judicial y la persona detenida tiene derecho a solicitar el *habeas corpus*; las zonas comunes están bajo vídeo vigilancia y existe la posibilidad de grabar los interrogatorios; las restricciones en las comunicaciones con familiares y amigos se limitan a cinco días y están sujetas a criterio judicial. Además, el delito de tortura tipificado en el Código Penal español incluye el maltrato físico o psíquico y las alegaciones a este respecto son examinadas por un juez independiente. Por último, el Juez instructor argumentó que España había transpuesto las directivas europeas que refuerzan las garantías existentes en materia penal.

18. Tras esta orden de detención europea, el 20 de junio de 2016 las autoridades belgas detuvieron de nuevo a N.J.E., pero ese mismo día fue puesta en libertad.

19. Mediante Auto de 29 de junio de 2016, la Sala de lo Penal del Tribunal de Primera Instancia de Gante, tras deliberación a puerta cerrada, denegó la ejecución de la nueva orden de detención europea.

20. El 14 de julio de 2016, tras un recurso interpuesto por la Fiscalía Federal, la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelación de Gante confirmó el Auto recurrido, al considerar que la nueva orden de detención europea no contenía elemento alguno que permitiera llegar a una conclusión diferente a la contenida en su sentencia de 31 de octubre de 2013 a la vista de la documentación aportada por N.J.E. y, en especial, a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el sexto informe periódico de España (aprobado en su período de sesiones del 29 de junio al 24 de julio de 2015), en las que exhortaba a las autoridades españolas “una vez más” a poner fin a la detención en régimen de incomunicación, garantizando la libre elección de letrado por parte del sospechoso,

la posibilidad de reunirse en privado con el mismo así como que estuviera presente en los interrogatorios.

21. El 15 de julio de 2016, la Fiscalía Federal recurrió en casación alegando, entre otros motivos, una violación del artículo 4.5º de la Ley relativa a las órdenes de detención europeas, en la medida en que la referencia a las observaciones del Comité de Derechos Humanos no era suficiente para obviar la presunción de respeto de los derechos humanos.

22. Mediante sentencia de 27 de julio de 2016, el Tribunal de Casación desestimó el recurso por considerar, entre otros, que el motivo del recurso se basaba en una lectura incompleta de la sentencia recurrida.

II. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELEVANTES

II.A. Decisión marco 2002/584/JAI

23. A los efectos oportunos para el presente asunto, este Tribunal se remite a su sentencia *Pirozzi v. Belgium* (nº 21055/11, §§ 24-29, de 17 de abril de 2018) en la que se enuncian las disposiciones pertinentes de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), así como a la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta.

24. A continuación, debemos también hacer referencia a la sentencia de dicho Tribunal en el asunto *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de detención en Hungría)* (asunto C-220/18 PPU, sentencia de 25 de julio de 2018). Partiendo de la metodología desarrollada en la sentencia *Aranyosi y Căldăraru* (asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15, sentencia de 12 de abril de 2016), la mencionada sentencia determina el alcance de la supervisión que debe llevar a cabo el Estado miembro de ejecución cuando disponga de elementos de prueba que pudieran fundar el temor de la existencia de fallos sistémicos o generalizados en las condiciones de detención en las instituciones penitenciarias del Estado de emisión. En esencia la sentencia resuelve, por un lado, que la autoridad judicial de ejecución debe comprobar únicamente las condiciones concretas y precisas de detención de la persona interesada que son relevantes para determinar si corre un riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante y, por otro lado, que cuando la autoridad de emisión haya ofrecido garantías de que la persona

interesada no será sometida a un trato inhumano o degradante, la autoridad de ejecución, teniendo en cuenta la confianza mutua entre Estados miembros, deberá confiar en ella, a falta de pruebas específicas que permitan suponer que las condiciones de detención son contrarias al artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

II.B. La Ley de 19 de diciembre de 2003 sobre la Orden de Detención y Entrega

25. En Bélgica, la citada Decisión Marco fue transpuesta mediante la Ley de 19 de diciembre de 2003 relativa la orden de detención europea, cuyas disposiciones pertinentes son las siguientes:

«Artículo 2. § 1. La detención y entrega de personas reclamadas para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad entre Bélgica y los demás Estados miembros de la Unión Europea se regirán por la presente Ley.

§ 2. La detención y entrega se llevarán a cabo sobre la base de una Orden Europea de Detención.

§ 3. La Orden de Detención Europea es una resolución judicial emitida por la autoridad judicial competente de un Estado miembro de la Unión Europea, denominada autoridad judicial emisora, con vistas a la detención y entrega por la autoridad judicial competente de otro Estado miembro, denominada autoridad de ejecución, de una persona reclamada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

(...)

Artículo 3. Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima de al menos de doce meses o, cuando se haya dictado una condena o una medida de seguridad de al menos cuatro meses.

Artículo 4. Se denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes:

1º cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por una Ley de amnistía en Bélgica, en la medida en que los hechos hayan podido ser perseguidos en Bélgica con arreglo al Derecho belga;

2º cuando de la información de que disponga el juez se desprenda que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en Bélgica o en otro Estado miembro siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena, o cuando la persona afectada haya sido objeto en Bélgica o en otro Estado miembro de una resolución firme por los mismos hechos que impida el posterior ejercicio de acciones penales.

3º cuando, con arreglo al Derecho belga, la persona que sea objeto de la Orden de Detención Europea aún no pueda ser considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden por razón de su edad;

4º cuando exista prescripción de la acción pública o de la condena con arreglo al Derecho belga y los hechos estén sujetos a la competencia de las jurisdicciones belgas;

5º cuando existan motivos graves para creer que la ejecución de la Orden de Detención Europea tuviera por efecto infringir los derechos fundamentales de la persona en cuestión, amparados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

(...)

Art. 11 § 1. 1. En un plazo de 24 horas a partir de la privación efectiva de libertad, la persona reclamada será conducida ante el juez de instrucción, que le informará: 1º de la existencia y contenido de la Orden de Detención Europea; 2º de la posibilidad que se le brinda de consentir su entrega a la autoridad judicial emisora; 3º del derecho a elegir un abogado y un intérprete.

Esta información quedará recogida en el acta de la audiencia. (...)

Artículo 15. Si el juez de instrucción considera que la información comunicada por el Estado miembro emisor es insuficiente para poder pronunciarse sobre la entrega, solicitará urgentemente cualquier información complementaria necesaria, y podrá fijar un plazo para su recepción, te-

niendo en cuenta la necesidad de respetar el plazo establecido en el artículo 16 § 1.

(...) »

II.C. La jurisdicción penal extraterritorial de los tribunales belgas

26. El artículo 4 del Código Penal belga establece que:

«Las infracciones cometidas fuera del territorio del Reino, por belgas o por extranjeros, sólo serán castigados en Bélgica en los casos previstos por la ley».

27. Las disposiciones aplicables respecto a la competencia penal extraterritorial de los tribunales belgas aparecen en el título preliminar del Código Penal belga:

Artículo 6

«Podrá ser enjuiciado en Bélgica todo belga o toda persona que tenga su residencia principal en el territorio del Reino y que, fuera de dicho territorio, se les impute como responsables:

1º De un delito o falta contra la seguridad del Estado;

1ºbis De una violación grave del derecho internacional humanitario, definida en el Libro II, Título I (bis) del Código Penal;

1ºter De una infracción de terrorismo al que se refiere el Libro II, Título I (ter) del Código Penal.

2º De un delito o falta contra la fe pública previsto en los capítulos I, II y III del Título III del Libro II del Código penal o de una falta prevista en los artículos 497 y 497 bis, si el delito o falta tuviera por objeto el euro u otras monedas de curso legal en Bélgica u objetos destinados a su fabricación, imitación, alteración o falsificación, o bien sean efectos, papeles, sellos, timbres, estampillas, marcas o distintivos del Estado o de las administraciones o establecimientos públicos belgas.

3º De un crimen o delito contra la fe pública previsto en las mismas disposiciones, si el delito o falta tuviera por objeto bien monedas que no tengan curso legal en Bélgica, u objetos destinados a su fabricación, imita-

ción, alteración o falsificación, bien efectos, papeles, sellos, timbres, marcas o distintivos de un país extranjero.

En este último caso, el enjuiciamiento sólo podrá tener lugar previa notificación oficial a las autoridades belgas por parte de las autoridades extranjeras».

Artículo 7

«§ 1. Todo belga o toda persona que tenga su residencia principal en el territorio del Reino y que haya sido imputado como responsable, fuera de dicho territorio, de un acto tipificado como delito o falta con arreglo al Derecho belga, podrá ser enjuiciado en Bélgica si el hecho es punible con arreglo a la legislación del país en que se cometió.

§ 2) Si la infracción se hubiese cometido contra un extranjero, el enjuiciamiento sólo podrá producirse a instancias de la Fiscalía y deberá, además, ir precedido de una denuncia del extranjero agraviado o de su familia o de una notificación oficial dirigida a la autoridad belga por la autoridad del país en el que se haya cometido el delito.

En caso de que la infracción se haya cometido, en tiempo de guerra, contra un nacional de un país aliado de Bélgica con arreglo al segundo inciso del artículo 117, del Código Penal, la notificación oficial también podrá darse por la autoridad del país del que el extranjero sea o haya sido nacional».

III. OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES RELEVANTES

28. En sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, aprobadas en su 3192ª sesión celebrada el 20 de julio de 2015, el Comité de Derechos Humanos comunicó su análisis de la detención en régimen de incomunicación en los siguientes términos:

«17. El Comité expresa nuevamente su preocupación por el régimen de incomunicación del detenido, judicialmente autorizado. El Comité toma nota de la iniciativa de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la información proporcionada por el Estado parte sobre la reducción en el uso del régimen de incomunicación del detenido; sin embargo lamenta que dicha reforma no contemple la abolición del régimen de incomunicación y

que esta no garantice todos los derechos establecidos en el artículo 14 del Pacto, en particular el derecho a la asistencia letrada (arts. 7, 9, 10 y 14).

El Comité reitera sus recomendaciones anteriores (CCPR/C/ESP/CO/5, párr. 14) y recomienda nuevamente que se tomen las medidas legislativas necesarias para eliminar la detención en condiciones de incomunicación y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a un médico y a la libre elección de un abogado al que puedan consultar de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente en los interrogatorios».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO

29. Los demandantes invocan una vulneración del artículo 2 del Convenio por parte de las autoridades belgas dado que la decisión de no ejecutar la Orden de Detención y Entrega impide que las autoridades españolas enjuicien a la presunta autora del asesinato de su padre. Los demandantes también consideran que se trata de un problema de tutela judicial efectiva desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio.

30. Este Tribunal recuerda que puede pronunciarse sobre la calificación jurídica de los hechos de una demanda examinándolos bajo el prisma de artículos o disposiciones distintos de los invocados por los demandantes (*Radomilja y otros v. Croacia* [GS], nº 37685/10 y 22768/12, § 126, de 20 de marzo de 2018).

31. En el presente asunto, observando que las quejas planteadas por los demandantes se solapan, este Tribunal considera que procede examinarlas únicamente a la vista del artículo 2 del Convenio, que dice lo siguiente:

«1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. (...)»

I.A. Sobre la admisibilidad

I.A.a. Sobre si los demandantes están sometidos a la jurisdicción de Bélgica

32. El artículo 1 del Convenio dice lo siguiente:

«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del (...) Convenio».

I.A.a.1. Alegaciones de las partes

33. El Gobierno considera que en el presente asunto no puede mantenerse la jurisdicción del Estado belga en el sentido del artículo 1 del Convenio. Los demandantes se encuentran en territorio español y los procedimientos relativos al asesinato de su padre han tenido lugar y siguen desarrollándose ante los tribunales españoles. Este asesinato, además, tuvo lugar en España y con anterioridad no se puso de manifiesto vinculación alguna con Bélgica. Adicionalmente, la negativa de las autoridades belgas a ejecutar la orden de detención europea se funda en consideraciones relativas al trato de los detenidos en España. El Gobierno alega acto seguido que, si bien es cierto que a primera vista N.J.E. está sometida hoy en día a la jurisdicción belga, de ello no puede deducirse que lo mismo suceda con las víctimas, las cuales no tienen vínculo alguno con dicho Estado. Si bien reconoce que el procedimiento para la ejecución de las órdenes de detención europea no les permitía intervenir y que las decisiones impugnadas tuvieron un impacto (indirecto) en sus intereses, el Gobierno subraya, no obstante, que los demandantes nunca han sido parte en un procedimiento belga.

34. El Gobierno sostiene que los demandantes están esencialmente sujetos a la jurisdicción española y que, por lo tanto, deberían haber denunciado a España ante el Tribunal. Dicho Estado tendría la responsabilidad primordial de llevar a cabo una investigación tras el asesinato de su padre en 1981 y de enjuiciar a los presuntos autores y a N.J.E., de conformidad con el artículo 2 del Convenio. Este caso diferiría de aquellos en los que este Tribunal ha reconocido que el Estado al que ha huido el presunto delincuente puede tener jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio. En primer lugar, Bélgica nunca ha abierto una investigación sobre el asesinato del padre de los demandantes. En segundo lugar, no podría alegarse que el Estado belga tenga obligaciones con arreglo al artículo 2 a efectos de obtener elementos de prueba. De hecho, nunca se abordó esta cuestión en el procedimiento relativo a la Orden Europea de Detención y Entrega, y dado el tiempo transcurrido entre el asesinato y el primer procedimiento en

Bélgica, la idea de poder aún recoger pruebas es bastante ilusoria. En tercer lugar, el Gobierno señala que Bélgica ha colaborado con España, y que es precisamente en el marco de esta colaboración que los jueces belgas, aplicando en especial el artículo 3 del Convenio, decidieron no entregar a N.J.E. Desde este punto de vista sería evidente, según el Gobierno, que el perjuicio denunciado por los demandantes no se debe tanto a la conducta de las autoridades belgas como a la situación de las cárceles españolas en el momento de la denegación.

35. Los demandantes ponen de relieve que, si bien desde el punto de vista penal, el enjuiciamiento de los hechos del presente asunto es competencia de las autoridades judiciales españolas, no fue posible llevarlo a cabo porque la autora material se sustrajo de la jurisdicción de los tribunales españoles. Sostienen que si bien Bélgica no es responsable de instruir el procedimiento, fase que ya se ha completado en España, sí le corresponde permitir, mediante la ejecución de la orden de detención europea emitida en 2015, que N.J.E. pueda ser juzgada en España. Consideran que España ha hecho todo lo posible por investigar los hechos en cuestión, mediante una investigación independiente y llevando a cabo todas las indagaciones necesarias para determinar los hechos y a sus autores.

I.A.a.2. Valoración de este Tribunal

36. Este Tribunal recuerda que la “jurisdicción” en el sentido del artículo 1 del Convenio es un requisito previo y una condición sine qua non. Debe haberse ejercido para que un Estado contratante pueda ser considerado responsable de actos u omisiones imputables al mismo que den lugar a una presunta violación de los derechos y libertades enunciados en el Convenio (*Güzelyurtlu y otros v. Chipre y Turquía* [GS], nº 36925/07, § 178, de 29 de enero de 2019).

37. Este Tribunal recuerda asimismo que, en cuanto al aspecto procesal del artículo 2 cuando el mismo se aplica a muertes ocurridas bajo una jurisdicción diferente de la del Estado cuya obligación procesal de investigar se supone que está en juego, la Gran Sala ha aclarado recientemente que, si no se ha iniciado ninguna investigación o procedimiento respecto de una muerte fuera de la jurisdicción del Estado demandado, se puede, no obstante, establecer un vínculo jurisdiccional e imponerse a dicho Estado una obligación procesal con arreglo al artículo 2. Aunque, en principio,

tal obligación sólo sería aplicable al Estado contratante bajo cuya jurisdicción se encontraba la víctima en el momento de su fallecimiento, las “circunstancias específicas” del presente asunto pueden justificar apartarse de dicho enfoque (*ibidem*, § 190, en referencia a *Rantsev v. Chipre y Rusia*, no 25965/04, §§ 243-244, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010 (extractos)).

38. En el presente asunto, la queja de los demandantes formulada al amparo del artículo 2 del Convenio contra Bélgica se refiere a la supuesta falta de cooperación de las autoridades belgas con las autoridades españolas a la hora adoptar las medidas necesarias para garantizar que la presunta autora del asesinato de su padre, refugiada en Bélgica, sea juzgada en España.

39. A diferencia de lo que sucede en los asuntos *Güzelyurtlu y otros* y *Rantsev* anteriormente mencionados, la queja fundada en el artículo 2 no se basa, por tanto, en la afirmación de que Bélgica ha incumplido la obligación procesal de investigar por sí misma dicho asesinato.

40. Dicho esto, este Tribunal no cree que ello sea motivo para distinguir el presente asunto de aquel en lo que se refiere a la necesidad de analizar si existe o no un vínculo de jurisdicción con Bélgica, para lo cual considera que deben aplicarse los principios establecidos en la sentencia *Güzelyurtlu y otros*.

41. Aplicando *mutatis mutandis* la jurisprudencia antes mencionada (véase el párrafo 37 supra), este Tribunal señala que N.J.E., presunta autora del asesinato, se refugió en Bélgica y se encuentra allí desde entonces. En el marco de la existencia de compromisos de cooperación en materia penal vinculantes para los dos Estados afectados, en el ámbito del sistema de la orden de detención europea en el presente asunto (véanse los apartados 23 y 24 ut supra), se informó a las autoridades belgas de la intención de las autoridades españolas de enjuiciar a N.J.E., exhortándoles a que procedieran a su detención y entrega.

42. Las condiciones específicas del presente asunto bastan para considerar que existe una relación de jurisdicción entre los demandantes y Bélgica con arreglo al artículo 1 del Convenio relativo a la queja planteada por los demandantes desde la perspectiva del aspecto procesal del artículo 2 del Convenio (véanse, *mutatis mutandis*, *Güzelyurtlu y otros*, anteriormente citados, párrafos 194-196).

43. En consecuencia, este Tribunal concluye que debe desestimarse la excepción preliminar de incompatibilidad *ratione loci* formulada por el Gobierno. En el momento en que se examine el fondo de la queja este Tribunal deberá determinar la extensión y el alcance de la obligación procesal de cooperar que pesa sobre Bélgica dadas las circunstancias del presente asunto.

I.A.b. Sobre la condición de víctima de los demandantes

I.A.b.1. Alegaciones de las partes

44. El Gobierno considera que es necesario cuestionarse el nexo causal entre la negativa de los tribunales belgas y una hipotética falta de exigencia final de la responsabilidad de N.J.E. También pone de relieve que la orden de detención europea era una opción elegida por las autoridades españolas y que, ante la negativa de las autoridades belgas, podrían haber explorado igualmente otras posibilidades. Debería haber sido posible iniciar otros procedimientos en España, como lo sería el enjuiciamiento *in absentia* (Nota del traductor: en la terminología española, “en rebeldía”). El razonamiento de los demandantes de que la Constitución española prohíbe dicho procedimiento y que, por tanto, las autoridades belgas deberían “cooperar” más estrechamente, no estaría exento de problemas en la medida en que supeditaría las obligaciones de Bélgica en virtud del artículo 2 del Convenio a las disposiciones constitucionales españolas, aun cuando no se les pueda acusar de haber cumplido las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 3 del Convenio.

45. Los demandantes, basándose en la jurisprudencia del Tribunal, invocan la condición de víctimas en su calidad de hijos del asesinado. Alegan que, a la vista de las disposiciones tanto del Derecho español como del belga, la emisión de una orden de detención europea por parte de las autoridades españolas era el único cauce adecuado de obtener el enjuiciamiento de N.J.E. El hecho de que N.J.E. no pueda ser enjuiciada lo atribuyen exclusivamente a la conducta de las autoridades belgas. A este respecto, los demandantes explican que el motivo por el que en España no es posible imponer una condena en rebeldía es para evitar que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución española. Esta prohibición se refiere a los actos punibles con una pena de prisión de más de un año (artículo 841 del Código Penal).

I.A.b.2. Observaciones de los terceros intervinientes

46. El Gobierno español confirma que la negativa de los tribunales belgas tiene como consecuencia que la persona reclamada no será jamás juzgada por su participación en el asesinato. Si no se produce su entrega a España, N.J.E. no podrá ser juzgada ante un tribunal español. Además, alega que, de acuerdo con lo afirmado por los propios tribunales belgas, en caso de que N.J.E. no sea entregada a España tampoco podrá ser juzgada ante los tribunales belgas.

47. N.J.E. subraya que una víctima que reclama responsabilidad civil derivada del delito no puede intervenir en el proceso de ejecución de una orden de detención europea, ya que los juzgados de instrucción no juzgan sobre fondo del asunto ni sobre los daños y perjuicios. Sólo devuelven a un sospechoso al país donde se está llevando a cabo una investigación judicial en su contra. El actor civil tampoco estaría sujeto a la jurisdicción de los tribunales mencionados, ya que el procedimiento para ejecutar una orden de detención europea es un procedimiento entre Estados, como se desprendería de la Decisión marco de la UE y de la legislación belga sobre las citadas órdenes.

I.A.b.3. Valoración del Tribunal

48. Este Tribunal se remite a los principios aplicables al requisito de la condición de víctima establecido en el artículo 34 del Convenio, tal y como se establece especialmente en la sentencia *Vallianatos y otros contra Grecia* ([GS], nº 29381/09 y 32684/09, § 47, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013 (extractos)).

49. En particular, el Tribunal recuerda que ha aceptado que los familiares directos de una persona cuya muerte o desaparición supuestamente entraña responsabilidad del Estado pueden alegar ser víctimas indirectas de la supuesta vulneración del artículo 2 del Convenio (véanse, por ejemplo, *McKerr v Reino Unido*, nº 28883/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-III (respecto a los hijos), y *Van Colle v Reino Unido*, nº 7678/09, § 86, de 13 de noviembre de 2012 (respecto a los padres)).

50. A la vista de dicha jurisprudencia, el Tribunal considera que los demandantes en el presente asunto tienen la condición de víctimas en el sentido del artículo 34 del Convenio.

I.A.c. Sobre el agotamiento de los recursos internos

I.A.c.1. Alegaciones de las partes

51. El Gobierno considera que los demandantes no han agotado los recursos internos. Aun cuando uno de los demandantes interpuso una acción civil en el seno del proceso penal seguido ante los tribunales españoles, ello no sería relevante en la medida en que su demanda se dirigiría únicamente contra Bélgica. Sin embargo, aunque el Estado belga es el único afectado por la demanda, los demandantes no habrían emprendido ninguna medida procesal en Bélgica, salvo una correspondencia “informal y de cortesía” entre uno de los demandantes y el Presidente Primero del Tribunal de Casación. El Gobierno reconoce que no se puede reprochar a los demandantes por no haber intervenido en el procedimiento de ejecución de la Orden de Detención y Entrega como víctimas de los hechos alegados, ya que dicho procedimiento concernía esencialmente a la Fiscalía y a la persona detenida cuya entrega se había solicitado. Sin embargo, en su opinión, de la carta de 27 de noviembre de 2014 del primer Presidente del Tribunal de Casación (véase el párrafo 16 supra) se desprende que se abrió una puerta al diálogo para estudiar con la Fiscalía Federal la forma de superar la negativa respecto a ejecutar la Orden de Detención y Entrega. En sus Observaciones complementarias, el Gobierno también evoca a la posibilidad de que los demandantes eventualmente habrían tenido de entablar un procedimiento de medidas provisionales o un procedimiento de responsabilidad civil.

52. Los demandantes consideran que han agotado los recursos internos en España, ya que uno de ellos se personó como perjudicado civil en el proceso penal ante los tribunales españoles por el asesinato de su padre. En relación con Bélgica, consideran que se han agotado los recursos internos a través de las apelaciones del Fiscal Federal belga, en su calidad de representante de las víctimas, y sin poder personarse en ningún otro recurso o trámite procedimental. En su opinión, la carta que les dirigió el Primer Presidente del Tribunal de Casación sólo puede ser considerada como una respuesta educada e informal a las víctimas.

I.A.c.2. Valoración del Tribunal

53. El Tribunal recuerda que la regla respecto al agotamiento de los recursos internos debe aplicarse con cierta flexibilidad y sin excesivo forma-

lismo, al hallarse en el contexto de la protección de los derechos humanos. El Tribunal ha admitido además que esta regla no se presta a su aplicación automática y tampoco tiene carácter absoluto; al supervisar su cumplimiento, deben tenerse en cuenta las circunstancias del asunto (*Vučković y otros v Serbia* ([GS], nº 17153/11, § 69-77, de 25 de marzo de 2014, y *Gherghina v Rumania* [GS] (decisión), nº 42219/07, § 83-84, de 9 de julio de 2015, y referencias citadas).

54. Respecto a la carga de la prueba, corresponde al Gobierno demandado persuadir al Tribunal de que el recurso era efectivo y estaba disponible tanto en la teoría como en la práctica en el momento de los hechos. Una vez que esto ha sido demostrado, corresponde al demandante probar que el recurso al que se refiere el gobierno demandado ha sido efectivamente utilizado o que, por algún motivo, no era adecuado ni eficaz a la vista de los hechos del caso, o que ciertas circunstancias especiales eximían ejercerlo a la persona en cuestión (*Vučković y otros*, citado anteriormente, § 77, y *Gherghina*, citado anteriormente, § 88-89, y referencias citadas).

55. En cuanto a las circunstancias particulares del caso, este Tribunal señala que las autoridades españolas pusieron en marcha una investigación penal en este asunto y que uno de los demandantes se personó en España ejerciendo una acción de responsabilidad civil derivada del procedimiento penal contra N.J.E. Sin embargo, lo que se cuestiona en el presente asunto es el procedimiento de ejecución de la orden de detención europea ante los tribunales belgas, que constituye la causa directa de la imposibilidad actual de enjuiciar a N.J.E., un procedimiento en el que ni la Decisión Marco ni el Derecho belga prevén la participación ni la intervención de los demandantes.

56. En cuanto al argumento del Gobierno basado en la carta del Presidente Primero del Tribunal de Casación de que los demandantes podrían haberse puesto en contacto con la Fiscalía Federal belga para encontrar la forma de superar la negativa a ejecutar la orden de detención europea, el Tribunal considera que esta posibilidad es remota y especulativa y no puede considerarse susceptible de remediar directamente la situación en cuestión ni de ofrecer perspectivas razonables de éxito (véanse, en particular, los apartados 11 y 26 supra).

57. Por lo que se refiere al procedimiento de medidas provisionales y a la acción de responsabilidad civil, este Tribunal señala que el Gobierno no

ha presentado prueba alguna en apoyo de sus alegaciones que demuestre la eficacia de estas acciones en el presente asunto.

58. En consecuencia, si bien es cierto que las demandantes no utilizaron los cauces propuestos por el Gobierno, el Tribunal considera que el Gobierno, que asume la carga de la prueba a este respecto (véase el apartado 54 *ut supra*), no ha demostrado que utilizar los recursos propuestos hubiera podido proporcionar satisfacción a los demandantes en relación con su queja fundada en el artículo 2 del Convenio.

59. A la vista de cuanto antecede, este Tribunal considera que la demanda no puede desestimarse por falta de agotamiento de los recursos internos.

I.A.d. El plazo de seis meses

I.A.d.1. Alegaciones de las partes

60. Por último, el Gobierno plantea una excepción basada en el incumplimiento del plazo de seis meses. Considera que el perjuicio reclamado por los demandantes no se debe a la negativa a ejecutar la Orden de Detención y Entrega de 2015, sino a la negativa de la Sala de lo Penal de 31 de octubre de 2013, confirmada por el Tribunal de Casación el 19 de noviembre de 2013, a ejecutar las órdenes de detención europeas de 2004 y 2005. Por consiguiente, reprocha a los demandantes no haber impugnado ante el Tribunal esta primera denegación. El 14 de julio de 2016, la Sala de lo Penal consideró que la orden de detención europea de 2015 no contenía nuevos elementos en comparación con los de 2004 y 2005.

61. Los demandantes alegan que la información sobre el seguimiento realizado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, a la que se refiere la orden de detención europea emitida el 8 de mayo de 2015, esclarecía la situación en las cárceles españolas y las condiciones del régimen de detención aplicable a los sospechosos de terrorismo, lo que condujo a los juzgados españoles a acordar esta nueva orden de detención europea, cuya denegación de ejecución dio lugar a un nuevo plazo de seis meses. Por lo tanto, consideran que este plazo comienza el 27 de julio de 2016, fecha de la última sentencia del Tribunal de Casación que puso fin al procedimiento interno.

I.A.d.2. Valoración del Tribunal

62. En el presente asunto, este Tribunal declara que, si bien el primer procedimiento de entrega concluyó efectivamente con una sentencia del Tribunal de Casación de 19 de noviembre de 2013, el Gobierno no ha presentado prueba alguna que demuestre que los demandantes, que no eran parte en el procedimiento impugnado, fueron informados en aquel momento de la misma. Sólo a partir del momento en que los demandantes se dirigieron al Presidente Primero del Tribunal de Casación el 17 de noviembre de 2014 (véase el apartado 16 *ut supra*) se puede considerar con certeza que tenían conocimiento de la denegación de las autoridades belgas. Sin embargo, el 8 de mayo de 2015, es decir, dentro de los seis meses siguientes a este contacto, el juez español emitió una nueva orden de detención europea amparándose en nuevos elementos de prueba (véase el párrafo 17 *ut supra*). A esto siguió un nuevo procedimiento para ejecutar las Orden de Detención y Entrega, que finalizó con una decisión del Tribunal de Casación el 27 de julio de 2016.

63. Recordando que el artículo 35.1 del Convenio no puede interpretarse en el sentido de que el demandante debe recurrir ante el Tribunal sino después de que la situación relativa al asunto en cuestión haya obtenido una resolución firme en el ámbito interno, el Tribunal considera que el plazo de seis meses en este caso comenzó a contar el 27 de julio de 2016.

64. A la vista de cuanto antecede, este Tribunal concluye que debe desestimarse la excepción invocada por el Gobierno en relación con la extemporaneidad en la interposición de la demanda.

I.A.e. Conclusión sobre la admisibilidad

65. Este Tribunal estima que esta demanda no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. Observa además que no es inadmisibile por otros motivos. Por lo tanto, procede declarar su admisibilidad.

I.B. Sobre el fondo

I.B.a. Alegaciones de las partes

I.B.a.1. Los demandantes

66. Los demandantes alegan que la negativa del Estado belga a ejecutar las órdenes de detención europea dictadas por las autoridades españolas contra el presunto autor del asesinato de su padre es injustificada y manifiestamente irrazonable, por lo que infringiría el artículo 2 del Convenio en su aspecto procesal. Ello haría imposible, sobre la base de una evaluación arbitraria de una de las excepciones previstas para oponerse a la ejecución de una orden de detención europea, que la presunta autora del asesinato de su padre fuera juzgada.

67. Los demandantes consideran que, aun cuando los tribunales belgas hubieran podido considerar la existencia de un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de N.J.E., no deberían haber denegado su entrega únicamente por este motivo. En efecto, los tribunales belgas habrían estado obligados a individualizar el supuesto riesgo en cuestión, examinando el impacto concreto y específico que la entrega podría tener en N.J.E. Para ello, deberían haber solicitado información adicional a las autoridades españolas sobre las condiciones de detención a las que N.J.E. habría estado sometida, en su caso. Esto habría permitido a España, como Estado emisor de la orden de detención europea, ofrecer garantías de que el N.J.E. no sería objeto de tratos inhumanos o degradantes.

68. Respecto a los motivos aducidos por los tribunales belgas, los demandantes consideran que son de tipo político y no jurídico, a la par que inexactos. Durante el segundo procedimiento de entrega, los tribunales belgas se limitaron a invocar los argumentos presentados por la Sala de lo Penal de Gante en su auto de 31 de octubre de 2013, repitiendo así una historia “falsa, errónea e inapropiada” de España.

69. A diferencia del caso *M.S.S. v Bélgica y Grecia* ([GS] (nº 30696/09, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2011), en el presente asunto los informes internacionales no serían suficientes para refutar la presunción de respeto de los derechos humanos. Las deficiencias detectadas se referirían exclusivamente a las condiciones de detención en régimen de incomunicación, que no se aplicarían en el caso de una entrega solicitada a efectos de enjuiciamiento como en el presente asunto. Los demandantes alegan que,

teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos controvertidos, que no concurrían los “casos en los que se aplica conforme a la ley” (véase el apartado 78 infra) y de que los demás miembros de la organización ya han sido condenados, el régimen de incomunicación no se aplicaría en ningún caso a N.J.E, si no que pasaría inmediatamente a disposición judicial. Reprochan a las autoridades belgas no haber obtenido dicha información de las autoridades españolas.

70. Por último, sobre la base de un informe de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior español, los demandantes alegan que, entre 2011 y 2017, las órdenes de detención europea emitidas por los tribunales españoles relativas a 70 personas vinculadas a la organización terrorista ETA fueron ejecutadas sin que los países en los que se llevaron a cabo dichas órdenes de detención europeas (entre los que se incluyen Francia, Reino Unido e Italia) apreciaran riesgo alguno de vulneración de los derechos fundamentales de las personas objeto de entrega. Además, el informe muestra que la propia Bélgica ha ejecutado cuatro órdenes de detención europea dictadas por la Audiencia Nacional contra presuntos miembros de ETA (en 2005, 2010 y 2011).

I.B.a.2. El Gobierno belga

71. El Gobierno belga recuerda que las obligaciones derivadas del artículo 2 en su aspecto procesal incumben en primer lugar al Estado español. Si bien es cierto que es criterio del Tribunal que, cuando intervienen varios Estados, otros Estados también podrían tener obligaciones derivadas del artículo 2 del Convenio, en este caso habría que tener en cuenta que Bélgica habría cumplido sus obligaciones de colaboración. Las autoridades judiciales belgas habrían detenido a N.J.E. Sólo después, durante el procedimiento seguido ante las jurisdicciones de instrucción, habría quedado claro que la entrega no podía realizarse debido a un riesgo real de maltrato a N.J.E. en las cárceles españolas. En consecuencia, aunque las autoridades belgas quisieron colaborar con España, las obligaciones derivadas del artículo 3 del Convenio impidieron que dicha colaboración condujera a la entrega de N.J.E.

72. A este respecto, el Gobierno subraya la, por decirlo suavemente, incómoda situación en la que se encuentran las autoridades belgas. En efecto, cualquiera que fuera la opción elegida por las autoridades belgas, éstas

correrían el riesgo de violar el Convenio. Esta situación sería tanto más lamentable en cuanto que Bélgica no es responsable de la investigación penal llevada a cabo en España, ni de la situación en las cárceles españolas, y no existe instrucción o investigación alguna realizada en Bélgica.

73. En esta situación, la función del Tribunal consiste en comprobar si las autoridades nacionales han logrado un equilibrio equitativo entre los derechos en conflicto y si han tenido en cuenta todos los elementos implicados. A este respecto, dada la naturaleza absoluta del artículo 3, debe considerarse normal que las autoridades judiciales belgas hayan dado prioridad a la protección de este derecho absoluto por encima de sus obligaciones de colaborar en el marco del aspecto procesal del artículo 2.

74. El Gobierno también señala que los tribunales belgas se han basado en informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Por tanto, no se puede argumentar que tomaron las decisiones a la ligera, arbitrariamente y sin pruebas admisibles que las apoyaran.

75. Por último, el Gobierno sostiene que la presunción de protección de los derechos humanos, que prevalece en la lógica de la confianza mutua entre Estados miembros de la UE y en la que se inscribe la Orden de Detención y Entrega, no es una “presunción irrefutable (*Nota del traductor: es decir, en la terminología jurídica española, no sería una presunción iuris et de iure sino iuris tantum*)”. Apoyándose en los considerandos 12 y 13 de la Decisión marco sobre la orden de detención europea y al artículo 4.5º de la Ley belga sobre la orden de detención europea, el Gobierno sostiene que el principio de confianza mutua no puede prevalecer sobre la obligación de los Estados contratantes del Convenio de velar por que la expulsión no suponga un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el Estado de destino.

76. Recordando que en el presente asunto nadie cuestiona que N.J.E. es de origen vasco y sospechosa de haber participado en las actividades de ETA, el Gobierno considera que los dos requisitos establecidos por este Tribunal al interpretar cómo debe ser el cumplimiento del artículo 3 del Convenio –a saber, disponer de informes internacionales fiables que demuestren la existencia de riesgos concretos y que el demandante demuestre que pertenece a un grupo al que se aplican las medidas supuestamente contrarias a dicha disposición–, se habrían cumplido en el presente asunto.

77. El Gobierno concluye que, a la vista de la información de que disponían los tribunales belgas en el momento de adoptar sus decisiones y de las obligaciones derivadas del artículo 3 del Convenio, actuaron con pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas por Bélgica en virtud de los tratados y no pueden ser acusados de haber infringido el artículo 2 del Convenio.

I.B.a.3. Observaciones de los terceros intervinientes

78. El Gobierno español subraya que la negativa de las autoridades belgas en ejecutar la orden de detención europea se basa en consideraciones generales y falsas, y no en circunstancias específicas aplicables a la persona reclamada. En particular, sobre la base del informe sobre la legislación española que regula la detención en régimen de incomunicación citado en la orden de detención europea, alega que en ningún caso es aplicable a N.J.E. Este régimen jurídico sólo se aplica durante los cinco días siguientes a la primera detención del presunto terrorista con el fin de evitar la pérdida de pruebas o que se agraven los daños causados a las víctimas u otros atentados. Además, España es una democracia madura con casi 40 años de experiencia, con una de las constituciones más avanzadas en la defensa de los derechos humanos, y es el país con menos casos presentados ante el Tribunal en términos relativos. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal, el Gobierno español concluye que no existe ningún riesgo grave ni real de vulneración del artículo 3 en el caso de que N.J.E. sea conducida ante y enjuiciada por los tribunales españoles.

I.B.b. Valoración del Tribunal

79. Tras concluir que los demandantes se encuentran bajo la jurisdicción belga, este Tribunal debe ahora determinar la extensión y el alcance de la obligación procesal de Bélgica de cooperar atendidas las circunstancias del caso (véanse los apartados 42 y 43 supra). A continuación, deberá examinar en qué medida Bélgica habría cumplido dicha obligación.

80. Este Tribunal constata que la queja de los demandantes fundada en el artículo 2 del Convenio se basa en la negativa de los tribunales belgas a ejecutar las órdenes de detención europeas dictadas por las autoridades españolas contra N.J.E. Se quejan de que la negativa de las autoridades

belgas a ejecutar la orden de detención europea impide el ejercicio de su derecho a una investigación oficial efectiva por parte de España. Como ya han señalado, la cuestión que plantean ante el Tribunal no es, por tanto, si Bélgica es responsable de actos u omisiones procesales en el marco de una investigación sobre el asunto, que es competencia exclusiva de las autoridades españolas.

81. Dicho esto, este Tribunal recuerda que en la sentencia *Güzelyurtlu y otros* (citada anteriormente, § 232-235), se pronunció sobre este punto en los siguientes términos:

«232. Este Tribunal ya ha manifestado que al interpretar el Convenio, se debe tener en cuenta la singularidad de este tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales [...]. Este carácter colectivo puede implicar, en determinadas circunstancias, la obligación para los Estados contratantes de actuar conjuntamente y de cooperar de modo a que se protejan los derechos y libertades que se han comprometido a reconocer a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción [...]. En los asuntos en que, para ser eficaz, la investigación de un homicidio punible ocurrido en la jurisdicción de un Estado contratante requiera la participación de más de un Estado contratante, el Tribunal considera que el carácter singular del Convenio, como tratado de garantía colectiva, entraña en principio la obligación por parte de los Estados afectados de cooperar eficazmente entre sí a fin de aclarar las circunstancias del homicidio y poner a los autores a disposición de la justicia.

Por tanto, este Tribunal considera que el artículo 2 puede imponer a ambos Estados la obligación bilateral de cooperar entre sí, lo que implica al mismo tiempo la obligación de solicitar asistencia y la de prestarla. La naturaleza y la extensión de estas obligaciones dependerán inevitablemente de las circunstancias de cada caso, por ejemplo de si los elementos de prueba principales radican en el territorio del Estado contratante afectado o si los sospechosos se han refugiado allí.

Esa obligación está en consonancia con la protección efectiva del derecho a la vida garantizado en el artículo 2. Efectivamente, concluir de otro modo sería contrario a la obligación que impone al Estado el artículo 2 de proteger el derecho a la vida, combinada con el deber general que incumbe al Estado en virtud del artículo 1 de “reconocer a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (...) Convenio”, con el

resultado de entorpecer las investigaciones de homicidios punibles, cuyos autores quedarían entonces necesariamente impunes. Tal resultado podría comprometer la finalidad misma de la protección garantizada en el artículo 2 y hacer ilusorias las garantías vinculadas al derecho a la vida. Ahora bien, el objeto y propósito del Convenio, como instrumento para la protección de los seres humanos, requieren que sus disposiciones sean entendidas y aplicadas de manera que sus exigencias sean concretas y eficaces [...].

Este Tribunal observa, sin embargo, que la obligación que incumbe a los Estados de cooperar en virtud del aspecto procesal del artículo 2 sólo puede ser una obligación de medios y no de resultado, en consonancia con lo que ha establecido en relación con la obligación de investigar [...]. Esto significa que los Estados afectados deben adoptar todas las medidas razonables factibles para cooperar entre sí y agotar de buena fe las posibilidades que ofrecen los instrumentos internacionales aplicables sobre auxilio judicial y cooperación en materia penal. A este respecto, el Tribunal es consciente de que la cooperación entre Estados contratantes no puede operar en un vacío jurídico; se han desarrollado por cierto modalidades específicas formalizadas de cooperación entre Estados en el Derecho penal internacional. Este enfoque es coherente con el utilizado en casos transnacionales anteriores tramitados en el marco del aspecto procesal de los artículos 2, 3 y 4, en los que este Tribunal se ha referido en general a los instrumentos que vinculan a los Estados afectados en los ámbitos de la extradición o del auxilio (...).

(...) En este contexto, sólo existirá incumplimiento de la obligación procesal de cooperar por parte del Estado requirente si no ha activado los mecanismos apropiados de cooperación previstos en los tratados internacionales pertinentes, o, por parte del Estado requerido si este no ha respondido adecuadamente o no ha podido invocar un motivo legítimo para denegar la cooperación solicitada en virtud de esos tratados internacionales».

82. En el presente caso, el mecanismo con arreglo al cual España ha solicitado la cooperación de Bélgica es el sistema establecido en la UE por la Decisión marco sobre la orden de detención europea (véanse los apartados 23 y 24). Aplicando los principios antes mencionados, este Tribunal debe examinar en primer lugar si, en este contexto, las autoridades belgas han dado una respuesta adecuada a la solicitud de cooperación. En segundo lugar, debe comprobar si la negativa a cooperar se basa en motivos legítimos.

83. Sobre el primer extremo, este Tribunal observa que las autoridades belgas han dado una respuesta debidamente motivada a sus homólogos españoles. Como señaló el Tribunal de Casación belga en su sentencia de 19 de noviembre de 2013, este mecanismo se basa en un alto grado de confianza entre los Estados miembros, lo que implica una presunción de respeto por parte del Estado de emisión de los derechos fundamentales. A la vista de este principio, la denegación de entrega debe estar justificada por pruebas pormenorizadas que indiquen un peligro claro para los derechos fundamentales de la persona de que se trate de tal entidad que sean suficientes para destruir la presunción. En el presente caso, el Tribunal de Casación consideró que la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelación de Gante, mediante su sentencia de 31 de octubre de 2013, había justificado jurídicamente, sobre la base del artículo 4.5º de la ley belga sobre órdenes de detención europeas, su decisión de denegar la ejecución de dichas órdenes dictadas por el juez de instrucción español debido al riesgo de que, en caso de ser entregada a España, se vulneraran los derechos fundamentales de N.J.E, y, en particular, el riesgo de que fuera detenida en condiciones contrarias al artículo 3 del Convenio (véase el apartado 12 supra). En su sentencia de 14 de julio de 2016, la Sala de lo Penal se refirió esencialmente a su sentencia anterior, considerando que los nuevos elementos invocados en la nueva orden de detención europea no daban lugar a una evaluación diferente, confirmándose incluso la evaluación anterior por las observaciones del Comité de Derechos Humanos de 2015 (véase el apartado 20 supra).

84. Este Tribunal constata que el enfoque seguido por los tribunales belgas se ajusta a los principios que ha establecido en su jurisprudencia (*Pirozzi*, antes citada, artículos 57 a 64, que incorpora la metodología recomendada en el asunto *Avotiņš v. Letonia* [GS], nº 17502/07, §§ 105 a 127, de 23 de mayo de 2016), según la cual, en el contexto de la ejecución de una orden de detención europea por parte de un Estado miembro de la UE, el mecanismo de reconocimiento mutuo no debe aplicarse de forma automática y mecánica, en detrimento de los derechos fundamentales.

85. Sobre el segundo extremo, el Tribunal recuerda que, desde el punto de vista del Convenio, el riesgo de trato inhumano y degradante de la persona cuya entrega se solicita, debido a las condiciones de detención en España, puede constituir un motivo legítimo para denegar la ejecución de la orden de detención europea y, por tanto, para denegar la cooperación

con España. Sin embargo, dada la presencia de derechos de terceros, la determinación de tal riesgo debe basarse en pruebas objetivas suficientes.

86. A este respecto, este Tribunal señala que la Sala de lo Penal se ha basado esencialmente en informes internacionales y en el contexto de “la historia política contemporánea de España” (véase el apartado 12 supra). En su sentencia de 31 de octubre de 2013, se refirió en especial a un informe elaborado en 2011 tras la visita periódica del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. A pesar de la información proporcionada en apoyo de la orden de detención europea emitida el 8 de mayo de 2015, en concreto sobre el silencio de los informes posteriores del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las características de la detención en régimen de incomunicación en España (véase el apartado 17 supra), la Sala de lo Penal consideró, en su sentencia de 14 de julio de 2016, que no le permitían apartarse de la evaluación realizada en 2013 (véase el apartado 20 supra). Es cierto que la Sala de Acusación se remite a las observaciones formuladas en 2015 por el Comité de Derechos Humanos sobre la existencia de la detención en régimen de incomunicación (véase el apartado 28 supra); no obstante, no ha realizado un examen actualizado y pormenorizado de la situación acaecida en 2016 ni ha intentado identificar un riesgo real e individualizable de violación de los derechos del Convenio en el caso de N.J.E. o de carencias estructurales en las condiciones de detención en España.

87. El Tribunal señala asimismo que, según las observaciones presentadas por el Gobierno español sobre el marco legislativo del régimen de incomunicación, dicho régimen no sería aplicable en una situación como la actual. Dado que esta cuestión no ha sido todavía debatida ante los tribunales belgas, el Tribunal considera que no debe pronunciarse al respecto.

88. Este Tribunal toma nota igualmente del argumento de los demandantes, que no ha sido impugnado por el Gobierno, según el cual se han dictado y ejecutado muchas órdenes de detención europea en relación con presuntos miembros de ETA sin que los países en los que se ejecutan dichas órdenes hayan contemplado riesgo alguno de vulneración de los derechos fundamentales de las personas entregadas, y que entre los Estados de ejecución se encuentra Bélgica (véase el apartado 70 supra).

89. Por último, este Tribunal considera que las circunstancias del caso y los intereses en cuestión deberían haber llevado a las autoridades belgas,

haciendo uso de la posibilidad que les ofrecía la legislación belga (artículo 15 de la Ley sobre la orden de detención europea, véase el apartado 25 supra), a solicitar información complementaria sobre la aplicación del régimen de detención en el caso de N.J.E, en especial por lo que se refiere al lugar y a las condiciones de detención, con el fin de verificar la existencia de un riesgo concreto y real de vulneración del Convenio en caso de entrega.

90. En vista de cuanto antecede, este Tribunal considera que el examen realizado por los tribunales belgas en el marco del procedimiento de entrega no fue lo suficientemente completo como para considerar que el motivo invocado para denegar la entrega de N.J.E. en perjuicio de los derechos de los demandantes se basaba en una base objetiva suficiente.

91. En consecuencia, este Tribunal llega a la conclusión de que Bélgica ha incumplido su obligación de cooperar en el marco del aspecto procesal del artículo 2 del Convenio, provocando una violación de dicha disposición.

92. Este Tribunal subraya que la constatación de una violación del artículo 2 del Convenio no implica necesariamente que Bélgica tenga la obligación de entregar a N.J.E. a las autoridades españolas. La insuficiencia de base fáctica para rechazar la entrega es lo que lleva al Tribunal a concluir que se ha violado el artículo 2, en su aspecto procedimental. Ello no resta valor a la obligación de las autoridades belgas de garantizar que, en caso de entrega a las autoridades españolas, N.J.E. no corra el riesgo de recibir un trato contrario al artículo 3 del Convenio. En términos más generales, esta sentencia no puede interpretarse en el sentido de reducir la obligación de los Estados de no extraditar a una persona a un país que solicita su extradición cuando hay razones fundadas para creer que, de ser extraditada a dicho país, la persona afectada correría un riesgo real de ser sometida a un trato contrario a lo dispuesto en el artículo 3, (véase, en particular, el caso *Soering v. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, § 88, Serie A nº 161, *Mamatkoulou y Askarov v. Turquía* [GS], nº 46827/99 y 46951/99, § 67, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-I, *Trabelsi v. Bélgica*, nº 140/10, § 116, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014 (extractos) y garantizando en consecuencia que no existe tal riesgo.

II. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

93. De conformidad con el artículo 41 del Convenio:

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

II.A. Daños

94. Los demandantes reclaman un total de 150.000 euros en concepto de daños morales que estiman haber sufrido como consecuencia de la vulneración del artículo 2 del Convenio en su aspecto procesal.

95. El Gobierno considera que el importe reclamado por los demandantes no se ajusta a la práctica del Tribunal en este tipo de asuntos, y no debería superar en cualquier caso los 5.000 euros.

96. El Tribunal señala que el Estado belga no es responsable de la muerte del padre de los demandantes ni del sufrimiento que de ello se deriva. No obstante, considera que la falta de colaboración por parte de las autoridades belgas, que se ha materializado en la imposibilidad de enjuiciar a la presunta autora del asesinato de su padre, debe haberles causado gran angustia y frustración. En base a ello y de conformidad con el artículo 41, concede 5.000 euros a cada uno de los demandantes.

II.B. Costas y gastos

97. Previa aportación de la documentación justificativa, los demandantes solicitan 7.260 euros en concepto de gastos incurridos ante este Tribunal.

98. El Gobierno lo somete a criterio del Tribunal.

99. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, un demandante sólo tiene derecho al reembolso de las costas y gastos siempre que pueda demostrar que se ha incurrido en ellos de forma real y necesaria y son razonables respecto al importe. En el presente asunto, a la vista de la docu-

mentación disponible y de los criterios anteriores, este Tribunal considera razonable el importe reclamado por el procedimiento seguido ante este Tribunal, cantidad que concede a los demandantes.

100. El Tribunal considera adecuado aplicar un tipo de interés moratorio sobre la base del tipo de interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

EN BASE A ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Considera* que se ha vulnerado el artículo 2 del Convenio (aspecto procesal);
3. *Considera*
 - a. que el Estado demandado debe abonar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia haya adquirido firmeza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 § 2 del Convenio, los siguientes importes:
 - i. 5.000 euros (cinco mil euros) a cada demandante en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible;
 - ii. 7.260 euros (siete mil doscientos sesenta euros) a los demandantes conjuntamente en concepto de gastos y costas, más cualquier impuesto exigible;
 - b. Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;
4. *Desestima* el resto de la demanda por lo que respecta a la satisfacción equitativa.

Redactada en francés, y notificada por escrito el 9 de julio de 2019, en cumplimiento de los apartados 2 y 3 del artículo 77 del Reglamento del Tribunal.

Se une a la presente sentencia, de conformidad con los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 §§ 2 y 3 del Reglamento de Procedimiento, el voto particular del juez Spano al que se ha adherido el juez Pavli.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE DEL JUEZ SPANO, AL QUE SE ADHIERE EL JUEZ PAVLI

(Traducción)

I.

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no subsiste aislado de su contexto de aplicación regional. Veintiocho de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa están igualmente adheridos a la Unión Europea (“la UE”). Interesa, por tanto, compaginar las garantías mínimas de los derechos humanos enunciados en el Convenio con las exigencias de uniformidad y armonización de las normas en el marco del Derecho de la UE, que también deben ser conformes con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cuya esencia debe tener en cuenta la evolución que se produzca en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando los derechos contenidos en la Carta se correspondan con los garantizados del Convenio (véase el artículo 52§3 de la Carta). Este “propósito de simetría” se manifiesta particularmente en los mecanismos de reconocimiento mutuo de la UE basados en el principio de confianza mutua, tal como lo examinó últimamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de Gran Sala *Avotiņš c. Letonia* [GS] (nº 17502/07, de 23 de mayo de 2016) y que posteriormente se aplicó en el contexto de la Orden Europea de Detención y Entrega (“la Orden Europea de Detención y Entrega”) en el asunto *Pirozzi c. Bélgica*, nº 21055/11, § 60, de 17 de abril de 2018). Las tensiones que a menudo pueden resultar de ello son particularmente significativas en este caso.

2. En el presente caso, se presentan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por primera vez las siguientes circunstancias: las jurisdicciones nacionales de un Estado miembro de la UE (Bélgica) se han negado en dos ocasiones a ejecutar una Orden Europea de Detención y Entrega dictada por otro Estado miembro de la UE (España) sobre la base de una apreciación del riesgo a tenor del artículo 3 del Convenio. Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera hoy en día –acertadamente, en mi opinión– que un análisis de esta negativa a ejecutar la Orden

Europea de Detención y Entrega desde la perspectiva de la obligación de Bélgica, dimanante de la vertiente procesal del artículo 2 del Convenio, de cooperar, lleva a la conclusión de que el Gobierno demandado ha violado esta disposición del Convenio por considerar que el fundamento fáctico en el que se basó la denegación era inadecuado.

3. Estoy redactando un voto particular para destacar los tres elementos siguientes que considero esenciales para una clara comprensión de la relevancia de la sentencia de hoy, habida cuenta en particular del contexto del Derecho de la UE.

II.

4. *Primero*: en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la *obligación de cooperar* dimanante de la vertiente procesal del artículo 2 del Convenio, recientemente desarrollada en la sentencia de Gran Sala *Güzelyurtlu y otros contra Turquía y Chipre* ([GS], nº 36925/07, §§ 222-238, de 29 de enero de 2019), se aplica por primera vez en un asunto que atañe al régimen de la orden de la Orden Europea de Detención y Entrega. En otras palabras, la “obligación de cooperar” depende del contexto en la medida en que está en función del marco normativo de la cooperación transnacional aplicable al caso concreto, tal como se refleja en el párrafo 235 de la sentencia *Güzelyurtlu*, citada en el párrafo 81 de la presente sentencia. Cuando los Estados miembros de la UE hacen valer sus obligaciones mutuas respecto de la Decisión Marco 2002/584/JAI de 2002 relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, tal como ha sido traspuesta a sus respectivos ordenamientos jurídicos, la “obligación de cooperar” basada en el artículo 2 del Convenio puede entrar en juego al mismo tiempo. Es entonces cuando le incumbe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de proceder a un control en última instancia. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe indagar si la obligación de cooperar se ha cumplido en el marco de una Orden Europea de Detención y Entrega articulando meticulosamente su valoración de manera que, por una parte, aplique los principios ya establecidos en su jurisprudencia relativa a los artículos 2 y 3 del Convenio, preservando al mismo tiempo, en la medida de lo posible, la “simetría” requerida entre el Derecho del Convenio y el Derecho de la UE, de modo que no se perjudique el delicado equilibrio en-

tre los deberes y las obligaciones que dimanaban del régimen de cooperación respecto de la Orden Europea de Detención y Entrega.

5. *Segundo*: según el párrafo 236 de la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el asunto *Güzelyurtlu*, un Estado cuya cooperación se solicita en una investigación en curso contra una persona sospechosa de haber cometido un asesinato en el territorio del Estado requirente sólo puede negarse a cooperar por “motivos legítimos”. En mi opinión, este concepto tiene dos elementos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza *prima facie*. Por una parte, la denegación debe ajustarse en lo esencial a las normas aplicables en el marco de la cooperación transnacional y, por otra, debe encontrar apoyo suficiente en los hechos que las autoridades del Estado requerido alegan para justificar su decisión, teniendo también en cuenta los derechos de terceros respecto del Convenio. Es este segundo elemento el que faltaba en el presente asunto (párrafos 86 a 90 de la sentencia) y el que constituye el núcleo de la declaración de violación que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicho esto, tal como lo precisa claramente el párrafo 92 de la sentencia, esta declaración no implica en modo alguno que el Gobierno belga esté obligado a ejecutar la Orden Europea de Detención y Entrega dictada por las autoridades españolas. Simplemente significa que el Gobierno belga no ha logrado convencer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que los órganos jurisdiccionales internos tuvieran una base fáctica suficientemente sólida para concluir que la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega supondría para el acusado un riesgo concreto e individual de malos tratos en España, tal como exige la jurisprudencia relativa al artículo 3, y teniendo también en cuenta el contexto del presente caso (véase, como el ejemplo más reciente, *A.M. c. Francia*, nº 12148/18, §§ 117 y 119, de 29 de abril de 2019).

6. *Tercero*: como se señala en el párrafo 234 de la sentencia *Güzelyurtlu*, la obligación de cooperar que incumbe a los Estados miembros del Consejo de Europa “está en consonancia con la protección efectiva del derecho a la vida garantizado por el artículo 2”. Efectivamente, concluir de otro modo sería contrario a la obligación que impone al Estado el artículo 2 de proteger el derecho a la vida, combinada con el deber general que incumbe al Estado en virtud del artículo 1 de “reconoce[r] a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (...) Convenio”, con el resultado de entorpecer las investigaciones de homicidios ilícitos, cuyos

autores quedarían entonces necesariamente impunes. Tal resultado podría comprometer la finalidad misma de la protección garantizada en el artículo 2 y hacer ilusorias las garantías vinculadas al derecho a la vida”.

7. Como se desprende meridianamente de la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la prohibición establecida en el artículo 3 del Convenio es absoluta. Nada de lo dispuesto en la presente sentencia debe interpretarse en otro sentido (párrafo 92 de la sentencia). Sin embargo, la obligación de proteger efectivamente el derecho a la vida garantizado por el artículo 2 y, por lo tanto, de llevar a cabo una investigación eficaz de los homicidios ilícitos, exige que el Estado requirente, al resolver sobre si existe o no un riesgo concreto e individualizado de malos tratos que eliminaría la facultad que tiene de expulsar o extraditar a una persona sospechosa de haber cometido un asesinato al país en el que se produjeron los hechos y en el que se está llevando a cabo una investigación, se apoye en una sólida base fáctica para llegar a la conclusión de que el riesgo es de la requerida gravedad. A la luz de estos elementos, el artículo 53 del Convenio, que permite a los Estados ofrecer un nivel de protección de los derechos humanos mayor que el ofrecido por las garantías mínimas del Convenio, no es directamente aplicable a este respecto o lo es apenas.

III.

8. En conclusión, el “propósito de simetría” entre el derecho del Convenio y el derecho de la Unión Europea es un proceso continuo que requiere soluciones interpretativas meticulosamente elaboradas que permitan preservar, en la medida de lo posible, la naturaleza y la integridad del primero, consagradas por principios, sin alterar el delicado equilibrio institucional y los elementos fundamentales inherentes al segundo. Estoy de acuerdo con la sentencia dictada en el día de hoy porque, en mi opinión, permite precisamente alcanzar este objetivo.

47.- ASUNTO 128/18 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE FECHA 15/10/2019

Interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 1.3 de la Decisión Marco 2002/584 sobre la OEDT en relación a las condiciones de reclusión de la persona objeto de la misma.

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO 2002, L 190, p. 1), en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO 2009, L 81, p. 24) (en lo sucesivo, «Decisión Marco 2002/584»).

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de la ejecución, en Alemania, de una orden de detención europea emitida el 12 de agosto de 2016 por la Judecătoria Medgidia (Tribunal de Primera Instancia de Medgidia, Rumanía) contra el Sr. D. para el ejercicio de acciones penales en Rumanía.

Convenio Europeo de Derechos Humanos

3. Bajo el título «Prohibición de la tortura», el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, dispone:

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

Derecho de la Unión

Carta de los Derechos Fundamentales

4. El artículo 4 de la Carta, titulado «Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes», establece:

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

5. Las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17; en lo sucesivo, «Explicaciones sobre la Carta») precisan, por lo que atañe al artículo 4 de la Carta, que «el derecho enunciado en [este artículo] corresponde al garantizado en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de idéntico tenor», y que, «en virtud del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, tiene pues el mismo sentido y alcance que este último artículo».

6. El artículo 52 de la Carta, titulado «Alcance e interpretación de los derechos y principios», dispone en su apartado 3:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

7. Las Explicaciones sobre la Carta precisan, por lo que atañe al artículo 52, apartado 3, de esta, que «la referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos», que «el sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no solo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», que «el objetivo de la última frase del apartado es permitir a la Unión [Europea] garantizar una protección más amplia» y que, «en cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

8. El artículo 53 de la Carta, titulado «Nivel de protección», es del siguiente tenor:

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

Libertades Fundamentales], así como por las constituciones de los Estados miembros».

Decisión Marco 2002/584

9. El artículo 1 de la Decisión Marco 2002/584, titulado «Definición de la orden de detención europea y obligación de ejecutarla», establece:

«1. La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

2. Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión Marco.

3. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 [TUE]».

10. Los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión Marco 2002/584 recogen los motivos para la no ejecución obligatoria y facultativa de la orden de detención europea.

11. El artículo 5 de la Decisión Marco 2002/584 indica las garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares.

12. A tenor del artículo 6 de la Decisión Marco 2002/584, titulado «Determinación de las autoridades judiciales competentes»:

«1. La autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado.

2. La autoridad judicial de ejecución será la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado.

[...]»

13. El artículo 7 de la Decisión Marco 2002/584, titulado «Intervención de la autoridad central», establece en su apartado 1:

«Cada Estado miembro podrá designar una autoridad central o, si su ordenamiento jurídico lo dispone, varias autoridades centrales para que auxilien a las autoridades judiciales competentes».

14. El artículo 15 de la Decisión Marco 2002/584, titulado «Decisión sobre la entrega», dispone:

«1. La autoridad judicial de ejecución decidirá la entrega de la persona, en los plazos y condiciones definidos en la presente Decisión Marco.

2. Si la autoridad judicial de ejecución considerare que la información comunicada por el Estado miembro emisor es insuficiente para poder pronunciarse sobre la entrega, solicitará urgentemente la información complementaria necesaria, especialmente en relación con los artículos 3 a 5 y el artículo 8, y podrá fijar un plazo para su recepción, teniendo en cuenta la necesidad de respetar los plazos que establece el artículo 17.

3. La autoridad judicial emisora podrá transmitir en cualquier momento a la autoridad judicial de ejecución cuanta información complementaria sea de utilidad».

15. El artículo 17 de la Decisión Marco 2002/584, titulado «Plazos y procedimiento de la decisión de ejecución de la orden de detención europea», es del siguiente tenor:

«1. La orden de detención europea se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia.

2. En los casos en que la persona buscada consienta en su entrega, la decisión definitiva sobre la ejecución de la orden de detención europea debería tomarse en el plazo de diez días tras haberse manifestado el consentimiento.

3. En los demás casos, la decisión definitiva sobre la ejecución de la orden de detención europea debería tomarse en el plazo de sesenta días tras la detención de la persona buscada.

4. En determinados casos, cuando la orden de detención europea no pueda ejecutarse dentro de los plazos previstos en los apartados 2 y 3, la autoridad judicial de ejecución informará inmediatamente a la autoridad judicial emisora de los motivos de la demora. En ese caso, podrán prorrogarse los plazos en otros treinta días.

[...]»

Derecho alemán

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

16. El artículo 101, apartado 1, segunda frase, de la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania), de 23 de mayo de 1949 (BGBl. 1949, p. 1), dispone:

«Nadie podrá ser sustraído a su juez legal».

Ley sobre la asistencia judicial internacional en materia penal

17. Los artículos 78 a 83k de la Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley sobre la asistencia judicial internacional en materia penal), de 23 de diciembre de 1982, en su versión modificada por la Europäisches Haftbefehlsgesetz (Ley relativa a la orden de detención europea), de 20 de julio de 2006 (BGBl. 2006 I, p. 1721), transponen la Decisión Marco 2002/584 al ordenamiento jurídico alemán.

18. El artículo 73 de esta Ley, en su versión modificada por la Ley relativa a la orden de detención europea, establece:

«La asistencia judicial, así como la transmisión de información sin solicitud previa, serán ilícitas si vulneran los principios fundamentales del ordenamiento jurídico alemán. En caso de solicitud formulada con arreglo a la parte octava, novena y décima, la asistencia judicial será ilícita si contraviene los principios consagrados en el artículo 6 TUE».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

19. El 12 de agosto de 2016, la Judecătoria Medgidia (Tribunal de Primera Instancia de Medgidia) dictó una orden de detención europea contra el Sr. D., nacional rumano, a efectos del ejercicio de acciones penales por hechos constitutivos de delitos contra la propiedad y de falsificación de documentos o de uso de documentos falsos (en lo sucesivo, «orden de detención europea de 12 de agosto de 2016»).

20. Mediante autos de 3 y de 19 de enero de 2017, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania) declaró lícita la entrega del Sr. D. a las autoridades rumanas en cumplimiento de la orden de detención europea de 12 de agosto de 2016.

21. A tal efecto, dicho tribunal recordó las exigencias impuestas por la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198), conforme a las cuales la autoridad judicial de ejecución debe apreciar, en un primer momento, si existen en el Estado miembro emisor, en lo referente a las condiciones de reclusión, deficiencias o sistémicas o generalizadas o que afecten a determinados grupos de personas o a ciertos centros de reclusión, y comprobar, en un segundo momento, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá un riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en ese Estado.

22. En la primera fase de este control, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) constató, basándose en particular en resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a Rumanía y en un informe del Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Ministerio Federal de Justicia y Protección de los Consumidores, Alemania), que existían indicios concretos de deficiencias sistémicas y generalizadas en las condiciones de reclusión en Rumanía.

23. Hecha esta constatación, el citado tribunal pasó a apreciar, en la segunda fase de dicho control, la información transmitida, en particular, por el tribunal emisor de la orden de detención en cuestión y por el Ministerul Justiției (Ministerio de Justicia, Rumanía) sobre las condiciones de reclusión del Sr. D. en el caso de que fuera entregado a las autoridades rumanas.

24. A este respecto, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) tuvo en cuenta la información según la cual, en caso de que fuera sometido a prisión provisional mientras durase su proceso, el Sr. D. sería internado en celdas para cuatro personas con unas dimensiones de 12,30 m², de 12,67 m² o de 13,50 m², respectivamente, o en celdas para 10 personas con una dimensión de 36,25 m². En caso de que se condenara al Sr. D. a una pena privativa de libertad, inicialmente estaría recluido en un establecimiento penitenciario en el que cada recluso dispone de una superficie de 3 m², y posteriormente en las mismas condiciones, en caso de que quedara sujeto al régimen cerrado de privación de libertad, o bien en una celda de 2 m² por persona, en caso de que se le aplicase el régimen abierto o semiabierto.

25. Basándose en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de octubre de 2009, *Orchowski c. Polonia* (CE:ECHR:2009:1022JUD001788504), de 19 de marzo de 2013, *Blejușcă c. Rumanía* (CE:ECHR:2013:0319JUD000791010), y de 10 de junio de 2014, *Mihai Laurențiu Marin c. Rumanía* (CE:ECHR:2014:0610JUD007985712), el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) procedió a una apreciación global de las condiciones de reclusión en Rumanía. A este respecto, constató que estas condiciones habían mejorado desde 2014, aunque una superficie de 2 m² por persona no cumple las exigencias establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estimó no obstante que la insuficiencia del espacio de que disponen los reclusos quedaba ampliamente compensada por las demás condiciones de reclusión. Además, dicho tribunal indicó que Rumanía había establecido un mecanismo de control eficaz de las condiciones de reclusión.

26. El Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) hizo constar, por otra parte, que, en caso que se denegara la entrega del Sr. D. a las autoridades rumanas, los delitos que se le imputan quedarían impunes, lo cual iría en contra del objetivo de garantizar la eficacia de la justicia penal en la Unión.

27. Sobre la base de los autos de 3 y de 19 de enero de 2017 del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo), la Generalstaatsanwaltschaft Hamburg (Fiscalía de Hamburgo, Alemania) autorizó la entrega del Sr. D. a las autoridades rumanas, una vez que hubiera cumplido la pena de prisión a la que había sido condenado por otros delitos cometidos en Alemania.

28. El Sr. D. cumplió hasta el 24 de septiembre de 2017 la pena privativa de libertad impuesta por esos delitos cometidos en Alemania.

29. El Sr. D. interpuso recurso ante el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemania) contra los referidos autos del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo).

30. Mediante auto de 19 de diciembre de 2017, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) anuló dichos autos por considerar que vulneraban el derecho del Sr. D. a un juez legal, establecido en el artículo 101, apartado 1, segunda frase, de la Ley Fundamental de la Re-

pública Federal de Alemania, y devolvió el asunto al Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo).

31. En su auto, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) señaló que, en su sentencia de 20 de octubre de 2016, *Muršić c. Croacia* (CE:ECHR:2016:1020JUD000733413), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había declarado que el hecho de que el espacio personal de que dispone un recluso sea inferior a 3 m² en una celda colectiva genera una «fuerte presunción» de violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, presunción que puede refutarse si las reducciones del espacio personal respecto del mínimo exigido de 3 m² son breves, ocasionales y de escasa importancia, si van acompañadas de una libertad de circulación suficiente fuera de la celda y de actividades adecuadas fuera de la misma, si el recluso se encuentra en un establecimiento que ofrece con carácter general condiciones de reclusión decentes y si dicha persona no está sujeta a otros factores que se consideren circunstancias agravantes de unas malas condiciones de reclusión.

32. Además, según el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), algunos criterios tenidos en cuenta por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) en su apreciación global de las condiciones de reclusión en Rumanía no han sido expresamente reconocidos, hasta la fecha, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como factores que pueden compensar una reducción del espacio personal de que dispone el recluso. Este es el caso, en particular, de la posibilidad de disfrutar de permisos de salida, de recibir visitantes, de disponer de servicios de limpieza de la ropa personal y de adquirir productos. Por otra parte, no está claro a su juicio, habida cuenta de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la mejora del sistema de calefacción, de las instalaciones sanitarias y de las condiciones de higiene pueda compensar tal reducción del espacio personal.

33. El Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) también puso de relieve que ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se habían pronunciado hasta la fecha sobre la pertinencia, para un asunto como el examinado en el procedimiento principal, de los criterios relativos a la cooperación de

los tribunales penales en el seno de la Unión y a la necesidad de evitar la impunidad de los autores de delitos y la creación de «*safe havens*» para los mismos.

34. La orden de detención nacional dictada por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) con vistas a la entrega del Sr. D. se estuvo ejecutada hasta que este mismo tribunal suspendió la prisión provisional del interesado mediante auto de 20 de diciembre de 2017.

35. Para resolver el asunto después de que el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) decidiera devolvérselo, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) desea conocer las exigencias que se derivan del artículo 4 de la Carta en lo que respecta a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor y a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el cumplimiento de estas exigencias con arreglo a la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198).

36. En estas circunstancias, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Qué condiciones mínimas de reclusión pueden exigirse, en virtud del artículo 4 de la Carta, a la hora de aplicar la [Decisión Marco 2002/584]?

a) En particular, ¿existen, con arreglo al derecho de la Unión, unos requisitos mínimos “absolutos” en cuanto a las dimensiones de la celda, cuyo incumplimiento constituya en todo caso una infracción del artículo 4 de la Carta?

i) ¿Es relevante, a la hora de determinar el espacio por persona de una celda, si se trata de una celda individual o de una celda compartida?

ii) Al calcular las dimensiones de la celda, ¿debe excluirse el espacio ocupado por el mobiliario (cama, armario, etc.)?

iii) ¿Qué requisitos en materia de construcción son relevantes, en su caso, en cuanto a las condiciones de prisión conforme al Derecho de la Unión? ¿Qué relevancia tiene, en su caso, que exista acceso directo (o

solo indirecto) desde la celda a, por ejemplo, las instalaciones sanitarias o de otro tipo, así como un suministro de agua fría y caliente, calefacción, iluminación, etc.?

b) ¿Qué relevancia tienen para esta apreciación los diferentes “régimenes de cumplimiento de la pena”, es decir, los distintos horarios de apertura de la celda y los grados de libertad de movimiento dentro del centro penitenciario?

c) ¿Pueden tenerse en cuenta también (como hizo esta Sala en sus resoluciones por las que se acordaba la entrega) las mejoras jurídicas y organizativas introducidas en el Estado miembro emisor (institución de un Defensor del Pueblo, creación de juzgados de vigilancia penitenciaria, etc.)?

2) ¿Qué criterios se han de aplicar para valorar las condiciones de reclusión a la luz de los derechos fundamentales de la Unión? ¿En qué medida influyen esos criterios en la interpretación del concepto de “riesgo real”, en el sentido de la sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198)?

a) ¿Están facultadas las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución para efectuar un control completo de las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor o deben limitarse a un control de las deficiencias manifiestas?

b) En caso de que, en su respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia concluya que el Derecho de la Unión impone unas exigencias “absolutas” en relación con las condiciones de reclusión, ¿es indispensable el cumplimiento de dichas condiciones mínimas, de modo que su incumplimiento determina inmediata y necesariamente la concurrencia de un “riesgo real” que impide la entrega, o bien el Estado miembro de ejecución puede ponderar otros factores? ¿Pueden tenerse en cuenta, a tal efecto, aspectos como el mantenimiento del sistema de asistencia judicial entre Estados miembros, la eficacia del sistema europeo de justicia penal o los principios de confianza y de reconocimiento mutuos?».

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

37. Mediante auto de 25 de septiembre de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de septiembre de 2018, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) informó al Tribunal de Justicia de que, con posterioridad a que se

hubiera dictado contra el Sr. D.u la orden de detención europea de 12 de agosto de 2016, este había sido condenado en rebeldía en Rumanía a una pena de prisión de dos años y cuatro meses. Por consiguiente, la autoridad judicial rumana anuló la referida orden de detención europea y dictó, el 1 de agosto de 2018, una nueva orden de detención europea a efectos de ejecución de dicha pena (en lo sucesivo, «orden de detención europea de 1 de agosto de 2018»). El órgano jurisdiccional remitente mantuvo sus cuestiones prejudiciales tras esta sustitución de la orden de detención europea.

38. El 14 de noviembre de 2018, el Tribunal de Justicia remitió al Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) una solicitud de aclaraciones, con arreglo al artículo 101 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en la que le solicitó que precisara, en particular, si la autorización de ejecución y la ejecución de la orden de detención europea de 1 de agosto de 2018 podían considerarse ciertas y no hipotéticas.

39. Mediante escrito de 20 de diciembre de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el mismo día, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) respondió que, bajo reserva de la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales, la autorización de ejecución y la ejecución de la orden de detención europea de 1 de agosto de 2018 eran ciertas.

40. Así pues, de la información que figura en el auto del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) de 25 de septiembre de 2018 y en este escrito de 20 de diciembre de 2018 resulta que el órgano jurisdiccional remitente debe pronunciarse sobre la ejecución de una orden de detención europea válida (véase, *a contrario*, el auto de 15 de noviembre de 2017, *Aranjosi*, C-496/16, no publicado, EU:C:2017:866, apartados 26 y 27). Por lo tanto, procede responder a las cuestiones planteadas por el tribunal remitente.

Sobre las cuestiones prejudiciales

41. Mediante las cuestiones planteadas por él, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en primer lugar, por la intensidad y el alcance del control que la autoridad judicial de ejecución -que dispone de datos que acreditan la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en las condiciones de reclusión en los establecimientos peni-

tenciarios del Estado miembro emisor- debe efectuar a la luz del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584, puesto en relación con el artículo 4 de la Carta, a fin de apreciar si existen razones serias y fundadas para creer que la persona que es objeto de una orden de detención europea, tras su entrega a ese Estado miembro, correrá un riesgo real de ser sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta. En particular pregunta si dicho control debe ser completo o, por el contrario, debe limitarse únicamente a los casos de deficiencias manifiestas de tales condiciones de reclusión.

42. En segundo lugar, el tribunal remitente pregunta si, al realizar esta apreciación, está obligado a tener en cuenta una exigencia de espacio mínimo por recluso en una celda de tal establecimiento. Se interroga asimismo sobre los métodos de cálculo de ese espacio cuando hay muebles e instalaciones sanitarias en la celda, así como sobre la pertinencia, a efectos de dicha apreciación, de otras condiciones de reclusión, como las condiciones sanitarias o la amplitud de la libertad de movimientos del recluso en el interior del establecimiento penitenciario.

43. En tercer lugar, el tribunal remitente desea saber si efectos de esta misma apreciación es preciso tener en cuenta la existencia de medidas legislativas y estructurales que contienen mejoras en el control de las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor.

44. En cuarto lugar, el tribunal remitente pregunta si las consideraciones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuo pueden servir de contrapeso al eventual incumplimiento por parte de ese Estado miembro de las exigencias mínimas aplicables a las condiciones de reclusión.

Observaciones preliminares

45. Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, es preciso recordar con carácter preliminar que, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica [sentencias

de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C-16/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 35, y de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 48].

46. Tanto el principio de confianza mutua entre los Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo, que se basa a su vez en la confianza recíproca entre aquellos, tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de esos Estados, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho [sentencias de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 36, y de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 49].

47. Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión [sentencias de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 50].

48. En el ámbito que es objeto de la Decisión Marco 2002/584, el principio de reconocimiento mutuo, que constituye, tal como se desprende en particular del considerando 6 de esta, la «piedra angular» de la cooperación judicial en materia penal, se aplica en el artículo 1, apartado 2, de dicha Decisión Marco, que consagra la norma según la cual los Estados miembros están obligados a ejecutar toda orden de detención europea sobre la

base del principio de reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de dicha Decisión Marco. Por lo tanto, las autoridades judiciales de ejecución solo pueden negarse, en principio, a ejecutar tal orden por los motivos de no ejecución establecidos en la Decisión Marco y enumerados exhaustivamente en ella, y la ejecución de una orden de detención europea solo puede supeditarse a alguno de los requisitos definidos taxativamente en el artículo 5 de la misma Decisión Marco. La ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción, que debe ser objeto de interpretación estricta. Así pues, la Decisión Marco 2002/584 enuncia expresamente los motivos de no ejecución obligatoria (artículo 3) y facultativa (artículos 4 y 4 bis) de la orden de detención europea y las garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares (artículo 5) [sentencias de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartados 41 y 42, y de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartados 54 y 55].

49. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha reconocido que pueden establecerse otras limitaciones a los principios de reconocimiento y de confianza mutuos entre Estados miembros «en circunstancias excepcionales» [sentencias de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 43 y jurisprudencia citada, y de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 56].

50. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha afirmado la obligación de la autoridad judicial de ejecución de poner fin, bajo ciertas condiciones, al procedimiento de entrega establecido en la Decisión Marco 2002/584 cuando dicha entrega entrañe el riesgo de que la persona buscada sea sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta [véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranjosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartado 84; de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 44, y de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 57].

51. Así pues, cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de datos que acrediten un riesgo real de que las personas encarceladas en el Estado miembro emisor sufran un trato inhumano o degradante, tomando como referencia el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por el Derecho de la Unión y, en particular, por el artículo 4 de la Carta, dicha autoridad está obligada a apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona [sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartado 88, y de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 59].

52. A tal efecto, la autoridad judicial de ejecución debe basarse, en primer lugar, en datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias o sistémicas o generalizadas o que afecten a ciertos grupos de personas o incluso a ciertos centros de reclusión. Esos datos pueden proceder, sin ánimo exhaustivo, de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas [sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartado 89, y de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 60].

53. En el presente caso, como se desprende de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, el tribunal remitente ha constatado, basándose en resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referidas a Rumanía, en resoluciones de los tribunales alemanes y en un informe del Ministerio Federal de Justicia y Protección de los Consumidores, que existen indicios concretos de deficiencias sistémicas y generalizadas en las condiciones de reclusión en ese Estado miembro. Las cuestiones del tribunal remitente parten, pues, de la premisa de que existen tales deficiencias, premisa cuya exactitud le corresponde verificar tomando en consideración

datos debidamente actualizados [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 71].

54. En cualquier caso, la mera existencia de datos que acrediten deficiencias o sistémicas o generalizadas o que afecten a ciertos grupos de personas o incluso a ciertos centros de reclusión en lo referente a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor no implica necesariamente que, en un caso concreto, la persona de que se trate vaya a sufrir un trato inhumano o degradante en el supuesto de que sea entregada a las autoridades de ese Estado miembro [sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartados 91 y 93, y de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 61].

55. A fin de garantizar el respeto del artículo 4 de la Carta en el caso particular de una persona que sea objeto de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución que disponga de datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten la existencia de tales deficiencias debe comprobar a continuación, de forma concreta y precisa, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que esa persona, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá un riesgo real de sufrir en ese Estado miembro un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta, debido a las condiciones en que se desarrollará su reclusión en dicho Estado miembro [véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartados 92 y 94, y de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 62].

56. La interpretación del artículo 4 recordada en los apartados 50 a 55 de la presente sentencia se corresponde, en esencia, con el sentido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confiere al artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

57. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que un tribunal de un Estado parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no podía denegar la ejecución de una orden de detención europea por considerar que la

persona buscada corría el riesgo de ser sometida, en el Estado emisor, a condiciones de reclusión que implicaran un trato inhumano y degradante si dicho tribunal no había realizado, con carácter previo, un examen actualizado y pormenorizado de la situación tal como se presentaba en el momento de adoptar su decisión ni había intentado identificar deficiencias estructurales en las condiciones de reclusión y un riesgo real e individualizable de infracción del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en ese Estado (TEDH, sentencia de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica*, CE:ECHR:2019:0709JUD000835117, § 86).

Sobre la intensidad y el alcance del control de la autoridad judicial de ejecución relativo a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor

58. Por lo que respecta, en primer lugar, a las dudas del tribunal remitente sobre la intensidad y el alcance del control de la autoridad judicial de ejecución relativo a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor a la luz del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584, puesto en relación con el artículo 4 de la Carta, procede recordar con carácter preliminar que, con arreglo al artículo 52, apartado 3, primera frase, de la Carta, en la medida en que el derecho reconocido en el artículo 4 de esta corresponda al garantizado por el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance son iguales a los que les confiere este Convenio. Además, las Explicaciones sobre la Carta precisan, por lo que atañe al citado artículo 52, apartado 3, que el sentido y el alcance de los derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no los determinan solo el texto de este Convenio, sino también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

59. Hecha esta precisión preliminar, es preciso subrayar, en primer lugar, que, para quedar comprendido en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el maltrato debe alcanzar un umbral mínimo de gravedad, que debe apreciarse atendiendo al conjunto de datos del asunto, en particular a la duración del trato en cuestión y a sus efectos físicos o mentales así como, en ocasiones, al sexo, a la edad y al estado de salud de la persona [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*

(Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 91 y jurisprudencia citada].

60. El artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales tiene por objeto garantizar que cualquier reo esté recluso en condiciones que garanticen el respeto de la dignidad humana, que las modalidades de ejecución de la medida de privación de libertad no expongan al recluso a una angustia o a dificultades cuya intensidad supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión y que, habida cuenta de las limitaciones prácticas del encarcelamiento, se vele adecuadamente por la salud y el bienestar del recluso [sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartado 90, y de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 90 y jurisprudencia citada].

61. En este contexto, el control que, en las circunstancias excepcionales recordadas en los apartados 50 a 52 de la presente sentencia, debe efectuar la autoridad judicial de ejecución en lo referente a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor, a fin de apreciar si existen razones serias y fundadas para creer que, tras su entrega a ese Estado miembro, la persona objeto de la orden de detención europea correrá un riesgo real de ser sometida en él a un trato inhumano o degradante, ha de basarse en una evaluación global de las condiciones materiales de reclusión pertinentes.

62. Habida cuenta de que, como ha señalado el Abogado General en el punto 107 de sus conclusiones, la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la Carta, tiene carácter absoluto (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartados 85 a 87, y de 19 de marzo de 2019, *Jawo*, C-163/17, EU:C:2019:218, apartado 78), el respeto de la dignidad humana que debe asegurarse en virtud de este artículo no quedaría garantizado en caso de que el control de las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor efectuado por la autoridad judicial de ejecución se limitase exclusivamente a las deficiencias manifiestas.

63. Por lo que respecta, en segundo lugar, al alcance de este control en lo referente a los establecimientos penitenciarios del Estado miembro emisor, es preciso recordar que dicha autoridad, que debe decidir sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea,

ha de apreciar de forma concreta y precisa si en las circunstancias del caso de autos existe un riesgo real de que esa persona sea sometida en ese Estado miembro a un trato inhumano o degradante [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 77].

64. De ello se deduce que el examen que dicha autoridad está obligada a realizar no puede versar, habida cuenta de su carácter concreto y preciso, sobre las condiciones generales de reclusión existentes en el conjunto de establecimientos penitenciarios del Estado miembro emisor en los que la persona en cuestión podría ser encarcelada [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 78].

65. Por lo demás, la obligación de las autoridades judiciales de ejecución de examinar las condiciones de reclusión existentes en el conjunto de establecimientos penitenciarios en los que la persona afectada puede ser encarcelada en el Estado miembro emisor resultaría manifiestamente excesiva. Además, sería imposible cumplirla en los plazos fijados en el artículo 17 de la Decisión Marco. En efecto, tal examen podría demorar de forma sustancial la entrega de dicha persona y, por tanto, privar de todo efecto útil al funcionamiento del sistema de la orden de detención europea. De ello se derivaría un riesgo de impunidad de la persona buscada [sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartados 84 y 85].

66. En consecuencia, habida cuenta de la confianza recíproca que debe existir entre los Estados miembros, en la que se basa el sistema de la orden de detención europea, y tomando en consideración, en particular, los plazos fijados a las autoridades judiciales de ejecución en el artículo 17 de la Decisión Marco 2002/584 para la adopción de la decisión definitiva de ejecución de tal orden, estas autoridades únicamente están obligadas a examinar las condiciones de reclusión en los establecimientos penitenciarios en los que, según la información de que disponen, se prevea en concreto encarcelar a dicha persona, incluso con carácter temporal o transitorio [sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 87].

67. A tal efecto, la autoridad judicial de ejecución debe solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor, con arreglo al artículo 15,

apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584, la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas en concreto para la persona de que se trate en ese Estado miembro [sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 63 y jurisprudencia citada].

68. Cuando, después de que se haya requerido, en su caso, la asistencia de la autoridad central o de una de las autoridades centrales del Estado miembro emisor en el sentido del artículo 7 de la Decisión Marco 2002/584, la autoridad judicial emisora haya dado o, al menos, aprobado la garantía de que la persona de que se trate no sufrirá un trato inhumano o degradante debido a las condiciones concretas y precisas de su reclusión, cualquiera que sea el establecimiento penitenciario en el que vaya a ser encarcelada en el Estado miembro emisor, la autoridad judicial de ejecución deberá confiar en dicha garantía, al menos mientras no exista ningún dato preciso que permita pensar que las condiciones de internamiento existentes en un determinado centro de reclusión son contrarias al artículo 4 de la Carta [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 112].

69. Por consiguiente, únicamente en circunstancias excepcionales y basándose en datos precisos podrá la autoridad judicial de ejecución constatar que, a pesar de una garantía como la mencionada en el apartado anterior, existe un riesgo real de que la persona de que se trate sea sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta, como consecuencia de sus condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor.

Sobre la apreciación de las condiciones de reclusión en lo referente al espacio personal de que dispone el recluso

70. Por lo que respecta, en segundo lugar, a la apreciación de la autoridad judicial de ejecución sobre las condiciones de reclusión en lo referente al espacio personal de que dispone cada recluso en una celda de un establecimiento penitenciario, es preciso señalar que de la resolución de remisión se desprende que, en caso de que sea entregado a las autoridades rumanas, el Sr. D. será encarcelado en una celda colectiva, y no en una individual. Por tanto, no obstante la redacción de la primera cuestión planteada, en el

presente asunto solo procede determinar las exigencias mínimas de espacio personal por recluso en lo que se refiere al encarcelamiento en una celda colectiva.

71. Desde este punto de vista, procede señalar que, habida cuenta de las consideraciones recordadas en el apartado 58 de la presente sentencia, y al no existir actualmente normas mínimas a este respecto en el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se ha basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y más concretamente en la sentencia de 20 de octubre de 2016, *Muršić c. Croacia* (CE:ECHR:2016:1020JUD000733413).

72. El Tribunal de Justicia ha declarado así que, habida cuenta de la importancia atribuida al factor espacial en la apreciación global de las condiciones de reclusión, el hecho de que el espacio personal de que dispone un recluso sea inferior a 3 m² en una celda colectiva genera una fuerte presunción de violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [sentencia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 92 y jurisprudencia citada].

73. Por regla general, esta fuerte presunción de violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales solo podrá refutarse, en primer lugar, si las reducciones del espacio personal respecto al mínimo exigido de 3 m² son breves, ocasionales y de escasa importancia; en segundo lugar, si van acompañadas de una libertad de circulación suficiente fuera de la celda y de actividades adecuadas fuera de ella y, en tercer lugar, si el establecimiento ofrece con carácter general condiciones de reclusión decentes y la persona en cuestión no está sujeta a otros factores que se consideren circunstancias agravantes de unas malas condiciones de reclusión [sentencia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 93 y jurisprudencia citada].

74. A este respecto, es preciso añadir que, ciertamente, la duración del período de reclusión puede ser un factor pertinente para apreciar la gravedad del sufrimiento o de la humillación padecidos por un preso debido a

unas malas condiciones de su reclusión. No obstante, la relativa brevedad de un período de reclusión no sustrae automáticamente por sí sola el trato en cuestión del ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales cuando otras circunstancias basten para incluirlo en el ámbito de dicha disposición [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartados 97 y 98 y jurisprudencia citada].

75. Además, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende en esencia que, cuando un recluso dispone de un espacio personal comprendido entre 3 y 4 m² en una celda colectiva, el factor espacial sigue siendo un elemento importante para apreciar si las condiciones de reclusión son adecuadas. En tal caso, cabe concluir que existe una violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales si la falta de espacio viene acompañada de otras malas condiciones materiales de reclusión, como por ejemplo una falta de acceso al patio de paseo o al aire y la luz naturales, una mala ventilación, una temperatura insuficiente o demasiado elevada en los locales, una falta de intimidad en los aseos o unas malas condiciones sanitarias e higiénicas (véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 20 de octubre de 2016, *Muršić c. Croacia*, CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, § 139).

76. Cuando un recluso dispone de más de 4 m² de espacio personal en una celda colectiva y, por consiguiente, este aspecto de sus condiciones materiales de reclusión no plantea problemas, los demás aspectos de estas condiciones, como los que se han mencionado en el apartado anterior, siguen siendo pertinentes para apreciar si las condiciones de reclusión del interesado son adecuadas con arreglo al artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 20 de octubre de 2016, *Muršić c. Croacia*, CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, § 140).

77. En lo que respecta a los métodos de cálculo del espacio mínimo de que debe disponer un recluso en una celda colectiva en la que hay muebles e instalaciones sanitarias, a efectos de apreciar si existe un riesgo real de que la persona de que se trate sea sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta, es preciso igualmente tomar en consideración los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en relación con el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al no existir actualmente normas mínimas al respecto en el Derecho de la Unión. Dicho Tribunal considera que, si bien para calcular la superficie disponible en una celda de este tipo no es preciso tener en cuenta la superficie de las instalaciones sanitarias, sí debe incluirse en el cálculo el espacio ocupado por los muebles, aunque precisa, no obstante, que los reclusos deben conservar la posibilidad de moverse con normalidad por la celda (véase, en este sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 20 de octubre de 2016, *Muršić c. Croacia*, CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, §§ 75 y 114 y jurisprudencia citada).

78. En el caso de autos, de las observaciones formuladas por el Gobierno rumano en la vista se desprende que, en caso de que fuera entregado, el Sr. D. quedaría sujeto a un régimen de reclusión que le permitiría disfrutar de una importante libertad de movimientos y además trabajar, lo que limitaría el tiempo que tendría que pasar en una celda colectiva. Corresponde al tribunal remitente comprobar estos extremos y apreciar cualquier otra circunstancia pertinente para el análisis que le corresponde efectuar con arreglo a las indicaciones expuestas en los apartados 71 a 77 de la presente sentencia, solicitando en su caso a la autoridad judicial emisora la información complementaria que necesite, si considera que la que ya le ha facilitado resulta insuficiente para que pueda pronunciarse sobre la entrega.

79. Por último, procede subrayar que, si bien los Estados miembros disponen de la facultad de establecer, para sus propios sistemas penitenciarios, unas exigencias mínimas en términos de condiciones de reclusión que sobrepasen las que se derivan del artículo 4 de la Carta y del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un Estado miembro, en cuanto Estado miembro de ejecución, únicamente puede supeditar la entrega al Estado miembro emisor de la persona objeto de una orden de detención europea a la satisfacción de estas últimas exigencias, y no a la satisfacción de las que resulten de su Derecho nacional. En efecto, la solución contraria, al poner en entredicho la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por el Derecho de la Unión, menoscabaría los principios de confianza y de reconocimiento mutuos que la Decisión Marco 2002/584 pretende reforzar, y por consiguiente, comprometería la efectividad de di-

cha Decisión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 63).

Sobre la pertinencia de las medidas generales destinadas a mejorar el control de las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor

80. Por lo que respecta, en tercer lugar, a la adopción en el Estado miembro emisor de medidas que, como la instauración de un defensor del pueblo o la creación de juzgados de vigilancia penitenciaria, pretenden reforzar el control de las condiciones de reclusión en ese Estado miembro, procede subrayar que, si bien es cierto que un control *a posteriori*, en particular judicial, de las condiciones de reclusión constituye un factor importante, que puede incitar a las autoridades de dicho Estado a mejorar dichas condiciones y, por tanto, puede ser tenido en cuenta por las autoridades judiciales de ejecución al proceder a la apreciación global de las condiciones de reclusión previstas para una persona que es objeto de una orden de detención europea a fin de decidir sobre la entrega de dicha persona, no es menos cierto que un control de este tipo no permite por sí solo descartar el riesgo de que dicha persona sea sometida tras su entrega a un trato incompatible con el artículo 4 de la Carta debido a las condiciones de su reclusión [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 74].

81. Por consiguiente, aun cuando el Estado miembro emisor establezca vías de recurso que permitan controlar la legalidad de las condiciones de reclusión desde el punto de vista de los derechos fundamentales, las autoridades judiciales de ejecución seguirán obligadas a proceder a un examen individual de la situación de cada persona afectada, con el fin de cerciorarse de que su decisión sobre la entrega de tal persona no le hará correr, como consecuencia de dichas condiciones, un riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido de la citada disposición [sentencia de 25 de julio de 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condiciones de reclusión en Hungría), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, apartado 75].

Sobre la toma en consideración de razones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a los principios de confianza y de reconocimiento mutuos

82. Por lo que atañe, en cuarto lugar, a la cuestión de si las consideraciones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a

los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos pueden servir de contrapeso, en el análisis de la autoridad judicial de ejecución que debe decidir sobre la entrega, a la existencia de un riesgo real de que la persona en cuestión sea sometida a un trato inhumano o degradante, por no ser conformes las condiciones de su reclusión en el Estado miembro emisor con las exigencias mínimas derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, procede señalarse que el carácter absoluto, recordado en el apartado 62 de la presente sentencia, de la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la Carta, impide que tales consideraciones puedan limitar de algún modo el derecho fundamental a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.

83. En estas circunstancias, la necesidad de garantizar que la persona de que se trate no sea sometida, en caso de entrega al Estado miembro emisor, a ningún trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta, justifica, con carácter excepcional, una limitación a los principios de confianza y de reconocimiento mutuos (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartados 82, 98 a 102 y 104).

84. De ello se sigue que, a efectos de decidir sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea, las consideraciones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos no pueden servir de contrapeso a la constatación por parte de la autoridad judicial de ejecución de que existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá, tras ser entregada al Estado miembro emisor, un riesgo real de ser sometida a un trato inhumano o degradante, debido a las condiciones de reclusión imperantes en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelarla.

85. Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder del siguiente modo a las cuestiones planteadas:

- El artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584, puesto en relación con el artículo 4 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad judicial de ejecución disponga de datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en las condiciones de reclusión en los establecimientos penitenciarios del Estado miembro emisor, a fin de

apreciar si existen razones serias y fundadas para creer que la persona que es objeto de una orden de detención europea, tras su entrega a ese Estado miembro, correrá un riesgo real de ser sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del mencionado artículo 4, dicha autoridad judicial debe tener en cuenta el conjunto de aspectos materiales pertinentes de las condiciones de reclusión en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelar a esa persona, tales como el espacio personal de que dispone cada recluso en una celda de ese establecimiento, las condiciones sanitarias y la amplitud de la libertad de movimientos del recluso en el interior de dicho establecimiento. Esta apreciación no se limita al control de las deficiencias manifiestas. A efectos de dicha apreciación, la autoridad judicial de ejecución debe solicitar a la autoridad judicial emisora la información que considere necesaria y debe confiar, en principio, en las garantías ofrecidas por esta última autoridad, mientras no existan datos precisos que permitan considerar que las condiciones de reclusión contravienen el artículo 4 de la Carta.

- Por lo que se refiere, en particular, al espacio personal de que dispone cada recluso, al no existir actualmente normas mínimas al respecto en el Derecho de la Unión, la autoridad judicial de ejecución debe tomar en consideración las exigencias mínimas derivadas del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien para calcular el espacio disponible no es preciso tener en cuenta el espacio que ocupen las instalaciones sanitarias, sí debe incluirse en el cálculo el espacio ocupado por los muebles. No obstante, los reclusos deben conservar la posibilidad de moverse con normalidad por la celda.

- La autoridad judicial de ejecución no puede descartar la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante por el mero hecho de que la persona de que se trate disponga en el Estado miembro emisor de una vía de recurso que le permita impugnar las condiciones de su reclusión o de que en dicho Estado existan medidas legislativas o estructurales destinadas a reforzar el control de las condiciones de reclusión.

- A efectos de decidir sobre la entrega de la persona de que se trate, las consideraciones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos no pueden servir de contrapeso a la constatación por parte de la autoridad judicial de ejecución de que existen razones serias y fundadas para creer

que, tras ser entregada al Estado miembro emisor, dicha persona correrá el mencionado riesgo, debido a las condiciones de reclusión imperantes en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelarla.

Costas

86. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia sin ser partes del procedimiento principal no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto,

FALLO

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, puesto en relación con el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad judicial de ejecución disponga de datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en las condiciones de reclusión en los establecimientos penitenciarios del Estado miembro emisor, a fin de apreciar si existen razones serias y fundadas para creer que la persona que es objeto de una orden de detención europea, tras su entrega a ese Estado miembro, correrá un riesgo real de ser sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del mencionado artículo 4, dicha autoridad judicial debe tener en cuenta el conjunto de aspectos materiales pertinentes de las condiciones de reclusión en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelar a esa persona, tales como el espacio personal de que dispone cada recluso en una celda de ese establecimiento, las condiciones sanitarias y la amplitud de la libertad de movimientos del recluso en el interior de dicho establecimiento. Esta apreciación no se limita al control

de las deficiencias manifiestas. A efectos de dicha apreciación, la autoridad judicial de ejecución debe solicitar a la autoridad judicial emisora la información que considere necesaria y debe confiar, en principio, en las garantías ofrecidas por esta última autoridad, mientras no existan datos precisos que permitan considerar que las condiciones de reclusión contravienen el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Por lo que se refiere, en particular, al espacio personal de que dispone cada recluso, al no existir actualmente normas mínimas al respecto en el Derecho de la Unión, la autoridad judicial de ejecución debe tomar en consideración las exigencias mínimas que se derivan del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien para calcular el espacio disponible no es preciso tener en cuenta el espacio que ocupen las instalaciones sanitarias, sí debe incluirse en el cálculo el espacio ocupado por los muebles. No obstante, los reclusos deben conservar la posibilidad de moverse con normalidad por la celda.

La autoridad judicial de ejecución no puede descartar la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante por el mero hecho de que la persona de que se trate disponga en el Estado miembro emisor de una vía de recurso que le permita impugnar las condiciones de su reclusión o de que en dicho Estado existan medidas legislativas o estructurales destinadas a reforzar el control de las condiciones de reclusión.

A efectos de decidir sobre la entrega de la persona de que se trate, las consideraciones relativas a la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y a los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos no pueden servir de contrapeso a la constatación por parte de la autoridad judicial de ejecución de que existen razones serias y fundadas para creer que, tras ser entregada al Estado miembro emisor, dicha persona correrá el mencionado riesgo, debido a las condiciones de reclusión imperantes en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelarla.

(*) Lengua de procedimiento: alemán.

CAPÍTULO VIII

PERMISOS

48.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 08/03/2019

Doctrina del Tribunal Supremo. La existencia de sanciones sin cancelar no determina necesariamente la existencia de mala conducta.

Esta sala ha visto recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado el 2 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, en la Apelación Juzgado Vigilancia, en el que se estimó el recurso de apelación interpuesto en nombre de C. contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid, y concedió al interno el permiso de salida solicitado. Ha sido parte recurrida C. representado por la procuradora bajo la dirección letrada de doña C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid incoó Expediente con relación al interno en el Centro Penitenciario Madrid VI (Aranjuez), quien formuló recurso contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del citado Centro Penitenciario (sesión celebrada el día 05/10/2017) de denegación de permiso ordinario de salida, en el que con fecha 29 de noviembre de 2017 dictó auto en cuya parte dispositiva acordó:

“Se desestima el recurso interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez), contra el acuerdo de fecha 5/10/17 de la Junta de Tratamiento del citado Centro denegándole 12 días de permiso, y se confirma dicho acuerdo.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Director del Centro Penitenciario y entréguese copia al interno, informán-

dole que contra la misma puede interponer recurso de reforma, en el plazo de tres días, ante este Juzgado, o recurso de apelación en el plazo de cinco días, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, pudiendo también interponer el recurso de apelación con carácter subsidiario al interponer el recurso de reforma”.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de Apelación contra el anterior auto, y remitidos los testimonios oportunos, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, incoó Apelación Juzgado Vigilancia que, con fecha 2 de febrero de 2018, dictó auto con el siguiente pronunciamiento:

“LA SALA DISPONE:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre de C., revocamos el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid y concedemos al interno el permiso de salida solicitado, con la duración y condiciones señaladas en el razonamiento jurídico tercero y sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución al Juzgado de procedencia del recurso y al Ministerio Fiscal; llévese testimonio de esta resolución al Rollo de Sala”.

TERCERO.- Notificado dicho auto a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, que autoriza la Disposición Adicional 5.ª de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su apartado octavo, en relación con los artículos 849.1.º, 855, 859, 873, 874, 879 y concordantes de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario.

QUINTO.- Instruido C. del recurso interpuesto, en escrito de 4 de mayo de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso e

interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 6 de febrero de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez), el día 5 de octubre de 2017 dictó acuerdo en el que denegó al penado C. la concesión de un permiso ordinario del artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La resolución fue recurrida por el penado ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid que, en su expediente, confirmó la resolución por Auto de 29 de noviembre de 2017. El Juez de Vigilancia Penitenciaria asentó su decisión en no concurrir en el penado el requisito de ausencia de mala conducta que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria exige para la concesión del permiso, entendiendo que tal exigencia faltaba de manera objetiva, puesto que el penado contaba con una sanción grave que no quedaría cancelada hasta el 25 de enero de 2018, según se desprendía de la información facilitada por el propio Centro. Contra dicha resolución interpuso el penado recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 5.ª, el 2 de febrero de 2018, dictó auto en el que, apreciando que los antecedentes de la sanción estaban ya cancelados, estimó el recurso interpuesto y concedió al interno el permiso de salida solicitado.

Contra esta resolución, al amparo de la Disposición Adicional 5.ª de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 849.1, 855, 859, 873, 874, 879 y concordantes de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal formula recurso de casación para unificación de doctrina. El Ministerio Público entiende que el órgano de apelación aplicó indebidamente los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario, además de considerar que los preceptos se aplican contradiciendo la doctrina legal con que se han aplicado en otros supuestos por esa misma Sección de la Audiencia Provincial de Madrid.

Con aportación de los correspondientes testimonios de contraste, el recurso del Ministerio Público aduce que, mientras que en otras resoluciones

la Audiencia Provincial había referido su análisis en apelación a si en el momento en que se dictó la resolución impugnada concurrían los requisitos objetivos y teleológicos que condicionan la concesión del permiso, en la resolución que se impugna se procedió de forma diametralmente opuesta, analizando si concurrían las exigencias en el momento en que la Sala de apelación emitió su decisión. Desde esta constatación, el recurso expresa que el requisito para la concesión del permiso ordinario del artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de que el interno no observe mala conducta, es un requisito que, si bien presenta una manifestación subjetiva relativa a la implicación del interno con los objetivos del tratamiento y del régimen penitenciario, presenta también una realidad objetiva que se manifiesta en que no exista un expediente disciplinario activo. Aduce que una sanción no cancelada impide que pueda considerarse que la conducta del interno sea merecedora de la concesión del permiso, y que solo cuando se constate que no hay un expediente disciplinario activo, es cuando se abrirá el análisis de otras circunstancias o elementos que puedan ser indicativos de la idoneidad del comportamiento del interno en orden a la concesión del permiso de salida. Plantea además que cuando se haya apreciado la existencia de un expediente disciplinario activo, el mero transcurso del tiempo necesario para su cancelación no es una incidencia sobrevenida y relevante para que el órgano decisorio en apelación pueda revocar la denegación de un permiso.

Desde estas consideraciones, reclama un pronunciamiento en unificación de doctrina en materia penitenciaria en los siguientes términos:

1.º.- En relación con los requisitos para la concesión de permisos ordinarios de salida, cuando los artículos 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154.1 del Reglamento Penitenciario se refieren a que los internos no observen mala conducta, están contemplando una doble realidad, debiendo ambas concurrir de consuno para dar por satisfecha esta exigencia, siendo una de carácter subjetivo, sobre la que es admitida y obligada la ponderación razonada, referente a la implicación del interno en el tratamiento y régimen penitenciario, y otra de naturaleza objetiva, cual es el expediente disciplinario activo del interno, que no ofrece margen interpretativo alguno para así garantizar igualdad y seguridad jurídica en las situaciones penitenciarias, de modo que concurriendo sanciones graves o muy graves sin cancelar el requisito decaerá.

2.º.- El requisito de la ausencia de mala conducta por sanciones no canceladas sólo podrá filtrarse a la fecha del acuerdo de la Junta de Tratamien-

to, siendo irrelevante una cancelación de sanciones acaecida, de forma natural por el mero transcurso de los plazos legales, entre dicho acuerdo y la resolución judicial que se dicte, pues la revisión de la legalidad del acto administrativo no alcanza a modificar los presupuestos fácticos que le sirvieron de base.

3.º.- No obstante, la cancelación de la sanción lograda a través de una recompensa –artículo 263.d) del Reglamento Penitenciario–, sí surtirá todos sus efectos si la fecha a la que se retrotrae es previa al acuerdo de la Junta de Tratamiento, lo que es extensivo a la prescripción de la sanción –artículo 258.3 del Reglamento Penitenciario– sobrevinida al acto administrativo.

4.º.- En todo caso, cualquier variación suscitada en torno al requisito de la buena conducta tras el acuerdo de la Junta de Tratamiento, que pudiera hacer desaparecer o reaparecer la exigencia, deberá documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, someterlo a contradicción de las partes.

SEGUNDO.- Como indicamos en la Sentencia de Tribunal Supremo 105/2016, con cita a su vez de las Sentencias de Tribunal Supremo 748/2006, 12 de junio y 1097/2004, 30 de septiembre, la finalidad del recurso de casación en unificación de doctrina que en materia penitencia prevé el numeral 8 de la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es otra que la nomofilaxis al servicio de una efectiva igualdad entre los penados en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, definiendo para ello cuál es la interpretación procedente de un precepto legal cuestionado. Descansa este recurso en la concurrencia de dos premisas que justifican la activación de la función casacional: la existencia de dos o más decisiones judiciales que contemplen un idéntico supuesto legal de hecho y al que apliquen la misma norma jurídica para su resolución, además de una contradicción en la interpretación que de esa norma haya hecho el órgano o los órganos de apelación que las dictaron; sin que esta Sala haya de estar a la propuesta que las partes formulen.

TERCERO.- La primera pretensión que deduce el Ministerio Público en su recurso, es que se declare que la existencia de un expediente disciplinario activo en materia penitenciaria excluye que pueda apreciarse la ausencia de mala conducta que, para la concesión de un permiso ordinario, exigen los artículos 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria y

154 del Reglamento Penitenciario. Petición que se asienta en una pluralidad de resoluciones de la Sección 5.^a que, sin ser explícitas en esta cuestión, sí parecen decantarse por un tratamiento diverso, fundamentalmente entre las que es objeto de recurso y otras aportadas por el Ministerio Público, frente a algunas de las que aporta la propia defensa en su impugnación del recurso.

1. Dentro de las finalidades propias de la pena privativa de libertad presenta particular relevancia constitucional la prevención especial, contemplada como la actuación dirigida a lograr la reeducación y reinserción del condenado en el grupo social, esto es, como aquella actuación penitenciaria directamente dirigida a facilitar que el penado tenga capacidad e intención de vivir en libertad respetando la ley penal. La actuación correccional se encomienda al denominado tratamiento penitenciario que, partiendo de un periodo de observación del penado, con estudio de su personalidad, de su medio social, o de sus antecedentes personales entre otros aspectos, no solo define la sección o el establecimiento penitenciario al que se muestra adecuado destinarle, sino que fija el periodo de tratamiento, además del contenido de una actuación penitenciaria que facilite la rehabilitación del recluso mediante la instrucción, la capacitación profesional, el trabajo, la asistencia personal o espiritual, la disciplina, la práctica de ejercicios, u otros medios que puedan considerarse adecuados al mismo resultado.

Para impulsar y garantizar la adecuada operatividad del tratamiento penitenciario, este viene reforzado con una serie de instrumentos que, al tiempo que incentivan que el penado se implique en el seguimiento y la observancia de la pauta correccional y resocializadora prevista, buscan preparar progresivamente al interno para su retorno a la vida en libertad, sirviendo además de mecanismo que chequee la eficacia del tratamiento. Los permisos ordinarios de salida; la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario, con el régimen abierto que puede acompañarle; y la libertad condicional; son los instrumentos facilitados por el legislador para, potenciando el seguimiento del tratamiento penitenciario por parte del recluso, favorecer un retorno adecuado a la convivencia, y propiciar un mejor pronóstico de que el penado no volverá a lesionar los relevantes bienes jurídicos que el derecho penal tutela, todo ello en provecho de su propia personalidad, así como para beneficio de la comunidad en la que se integra.

Se trata de unos mecanismos engarzados funcionalmente en el tratamiento penitenciario mediante la idea de la progresividad que refleja el artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y que, por no deber asentarse en resortes automáticos de aplicación, permitirían validar que la evolución del interno se adecúa a una vida en libertad, si bien contrastando la solidez del pronóstico de satisfactoria conducta que sobre él pueda construirse, tanto para prevenir el riesgo de que no retorne al centro penitenciario y quiebre la propia actuación penitenciaria inherente a su condena, como para salvaguardar que su convivencia en el exterior no introduzca el riesgo de comisión de nuevos delitos. Así lo indicó certeramente la Sentencia de Tribunal Constitucional 112/1996 (fundamento jurídico 4): “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 25.2 de la Constitución Española) o, como ha señalado la Sentencia de Tribunal Constitucional 19/1988, la “corrección y readaptación del penado”, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento”. La misma Sentencia de Tribunal Constitucional 112/1996 (fundamento jurídico 4) se encargó, además, de destacar (con palabras luego reiteradas en la Sentencia de Tribunal Constitucional 2/1997, fundamento jurídico 4) los fines y utilidades que comporta esta institución: “Todos los permisos de salida 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...”. Si bien, como también indica el Tribunal Constitucional en sus sentencias 112/1996 (fj 4) y 81/1997, 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 expresados”, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Conforme con esta finalidad, y en consideración conjunta de estos mecanismos graduales, los permisos ordinarios pueden otorgarse antes de que el recluso alcance su progresión al tercer grado, y se configuran legalmente con una duración variable, lo que permite una autorización inicial más restrictiva, para ir ampliando después el tiempo por el que se conceden. Todo hasta conducir después a las diferentes y estables situaciones de régimen abierto que se contemplan en la legislación penitenciaria, en función de la evolución personal del penado (artículo 84.2 del Reglamento Penitenciario), así como, final y ocasionalmente, a su libertad condicional, aún con la posibilidad de su retroacción en la eventualidad de incumplirse la condición fijada para su concesión.

2. Además de los permisos extraordinarios fijados por razones de humanidad en el artículo 47.1 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria, los permisos ordinarios que se han descrito vienen contemplados en el número 2 del mismo artículo. Dispone el artículo 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria. “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”.

Por su parte, el artículo 154 del Reglamento Penitenciario prescribe que “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 siguiente”.

3. Tres son las exigencias que fija el precepto para la concesión de los permisos ordinarios: que el penado se encuentre clasificado en segundo o tercer grado penitenciario; que haya extinguido la cuarta parte de la condena; y que no se observe en su comportamiento una mala conducta.

Siendo claro que los dos primeros requisitos presentan una naturaleza objetiva, por ser exigencias dependientes de elementos inmutables para cualquier observador externo, la ausencia de mala conducta es una exigencia subjetiva o valorativa que se nutre de múltiples vectores de ponderación. Y a diferencia de lo que sostiene el Ministerio Fiscal, el legislador no ha priorizado ninguno de esos criterios de evaluación de conducta, hasta el punto de constituirlo como una exigencia “sine qua non” para que el comportamiento del penado pueda ser evaluado como idóneo para la concesión de permisos.

La regulación referida a los permisos penitenciarios ordinarios anteriormente expuesta, no refleja que quienes tengan un expediente disciplinario activo estén privados de su disfrute, sino que fija un condicionante (ausencia de mala conducta) con un contenido semántico que, aunque evidentemente vinculado con el comportamiento disciplinario, no es su equivalente. Dicho de otro modo, la “ausencia de mala conducta” no desaparece, necesaria y automáticamente, por la mera existencia de un expediente disciplinario activo. El artículo 156 del Reglamento Penitenciario dispone que la concesión de permisos ordinarios precisa de un informe del Equipo Técnico que, eludiendo cualquier exigencia objetiva, se dice que 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”. De este modo, es el Equipo Técnico el que evalúa la trascendencia que la falta disciplinaria tiene en la evolución del comportamiento del interno, en una valoración que exige de la contemplación del resto de parámetros concurrentes. La naturaleza y circunstancias del delito perpetrado en su día; la duración y evolución que el tratamiento penitenciario hubiera tenido hasta la comisión de la infracción; la incidencia o relevancia de la infracción disciplinaria tenga en la evolución hasta entonces observada; la mejora o el perjuicio que pueda derivarse para el tratamiento por la privación del permiso; la incidencia

que la falta disciplinaria puede tener para un pronóstico de eventual reiteración; o el tiempo que reste para que el penado, por cumplimiento de la pena, haya de ser necesariamente puesto en libertad; considerando siempre el perfil delictivo del penado; son algunos de los elementos fundamentales que coexisten con el precedente disciplinario a la hora de evaluar la conveniencia del permiso.

Por otro lado, el artículo 262 del Reglamento Penitenciario excluye que una sanción cancelada pueda influir en una valoración disciplinaria del interno. El precepto establece que: “La cancelación de la anotación de las sanciones lleva aparejada la de las faltas por las que se impusieron y situará al interno, desde el punto de vista disciplinario en igual situación que si no hubiere cometido aquéllas”. En todo caso, el precepto no fija la realidad contraria, esto es, no existe una previsión “ex lege” de que la persistencia del expediente comporte la inidoneidad automática para la concesión de permisos, por más que surja como un elemento singularmente indicativo del comportamiento del penado y de su trayectoria en el tratamiento.

En otro orden de análisis, el artículo 233.2 del Reglamento Penitenciario dispone que las faltas graves tipificadas en el artículo 109 del mismo reglamento son susceptibles de sancionarse: con aislamiento en celda, con limitación de las comunicaciones orales, con privación de paseos y actos recreativos, o con la privación de permisos de salida por tiempo de hasta dos meses. Por su parte, las faltas muy graves son sancionables con aislamiento en celda (artículo 233.1).

El Reglamento Penitenciario añade que los expedientes por falta muy grave o grave serán cancelados (artículo 260 del Reglamento Penitenciario) a los seis meses y tres meses, respectivamente, desde la fecha de cumplimiento de la sanción.

Ciertamente, si la existencia de un expediente no cancelado entrañara necesariamente la privación de la posibilidad de obtener los permisos ordinarios previstos en el artículo 47.2 del Reglamento Penitenciario, la comisión de una falta grave, o muy grave, comportaría la imposición efectiva e ineludible de sanciones acumuladas distintas o más graves que aquellas que resultan directamente imponibles. En tal coyuntura, por más que las reglas de proporcionalidad y acomodación a la naturaleza de la infracción hubieran justificado la imposición de una sanción menor de limitación de comunicaciones orales o de privación de paseos o actos recreativos, se

estaría añadiendo una sanción solapada y de gravamen, cuál sería la privación de permisos por el tiempo de duración de la sanción realmente impuesta y otros tres meses más, que sería el tiempo que mediaría hasta la cancelación del expediente. Supondría también la privación de permisos de salida —y por tiempo de seis meses— para quienes fueran sancionados y hubieran cumplido la sanción de aislamiento en celda por falta muy grave. Y, en la eventualidad de que la Comisión Disciplinaria hubiere entendido que la sanción adecuada a imponer por una falta grave fuera la privación de permisos, por más que se fijara una duración que la ley limita al máximo de dos meses, en realidad, lo que se estaría imponiendo es una sanción por ese tiempo, más los otros tres meses que habrán de transcurrir hasta la cancelación del expediente.

Lo expresado no sólo modifica el contenido intrínseco de la sanción, contrariando el principio de legalidad que le sujeta, sino que desdibuja y aplana el principio de graduación de sanciones que recoge el artículo 234 del Reglamento Penitenciario, al indicar que: “En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquéllos, así como a las demás circunstancias concurrentes”.

Finalmente, el análisis teleológico de las funciones específicamente atribuidas a los instrumentos que contemplamos conduce a la misma conclusión. El régimen disciplinario de los reclusos está dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental. Pretende una convivencia ordenada en los centros penitenciarios, estimulando el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los internos (artículo 231 del Reglamento Penitenciario). Aunque es seguro que estas exigencias inciden en el comportamiento de los penados para su posterior vida en libertad, el régimen penitenciario no presenta un objetivo coincidente con el tratamiento penitenciario. Mientras aquel opera como presupuesto necesario para la realización de los fines de la actividad penitenciaria (artículo 231 del Reglamento Penitenciario), el tratamiento penitenciario presenta una finalidad exclusivamente resocializadora y que requiere de múltiples actividades que son moduladas en un proceso largo y complejo de formación, reforzándose su seguimiento y sus resultados con beneficios y permisos penitenciarios que son concedidos en momentos y circunstancias evalua-

dos como particularmente operativos para la finalidad que el tratamiento persigue (artículo 110 y ss. del Reglamento Penitenciario). Es innegable que la adecuación del comportamiento del penado a las exigencias del régimen interno de la prisión es un marcador de la eficacia que en él tiene el tratamiento penitenciario. En todo caso, la diferente naturaleza y la distinta intensidad que ofrecen las diferentes infracciones disciplinarias posibles, no sólo resultaría contradictorio con llevar aparejada una privación de permisos penitenciarios siempre idéntica, sino que sería incompatible con la contemplación individualizada del tratamiento penitenciario. Considerar que, cualquiera que sea la sanción disciplinaria, producirá el mismo efecto en el tratamiento penitenciario, en un elemento de singular importancia incentivadora y de prueba como son los permisos, arruina la necesaria exigencia de que el tratamiento penitenciario pueda adaptarse a las circunstancias de evolución del penado en cada periodo de cumplimiento de su pena. Como se ha dicho, el tratamiento penitenciario exige reacciones al comportamiento puntual del interno, pero que puedan ajustarse y resulten acordes con su evolución. Los mecanismos propios del tratamiento penitenciario (y la concesión o denegación de permisos forma parte de ellos), deben acomodarse a la singularidad de su propia evolución. Los instrumentos orientados a obtener un mejor pronóstico de resocialización, no pueden operar adecuadamente si se aplican de una manera automática y plana, ignorando las particularidades del tratamiento en el que van a operar. Como se dijo anteriormente, su aplicación reclama que se contemple el tiempo que el penado lleva sometido al tratamiento; el esfuerzo apreciado en su desarrollo o los contextos en los que sobrevino el fracaso; e, incluso, el tiempo que reste hasta la ineludible puesta en libertad del interno por cumplimiento completo de la pena privativa de libertad impuesta.

Y estas infundadas perturbaciones al tratamiento individualizado se potenciarían en la medida en que la interpretación que se ofrece en el recurso, no sólo excluiría la posibilidad de conceder permisos de salida hasta que se cumplan los tres o seis meses que el artículo 260 del Reglamento Penitenciario fija para la cancelación de las faltas graves o muy graves, sino que también cerraría la posibilidad de establecer salidas programadas para el interno.

CUARTO.- Se reclama además un pronunciamiento casacional que, en unificación de doctrina, proclame que el requisito de la ausencia de mala conducta por sanciones no canceladas sólo podrá filtrarse a la fecha del

acuerdo de la Junta de Tratamiento, siendo irrelevante una cancelación de sanciones acaecida, de forma natural, por el mero transcurso de los plazos legales entre dicho acuerdo y la resolución judicial que se dicte, pues la revisión de la legalidad del acto administrativo no alcanza a modificar los presupuestos fácticos que le sirvieron de base. También que se proclame que cualquier variación suscitada en torno al requisito de la buena conducta tras el acuerdo de la junta de tratamiento, que pudiera hacer desaparecer o reaparecer la exigencia, deberá documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, someterlo a contradicción de las partes.

La petición es aquí claramente oportuna, puesto que la resolución que se impugna basó su decisión en que concurrían los requisitos del artículo 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria en el momento de resolverse el recurso de apelación, mientras otras resoluciones proclaman que el juicio de suficiencia de las exigencias legales debe referirse al momento de la denegación del permiso que es objeto de impugnación.

1. La cuestión fue resuelta con carácter general en nuestra sentencia 308/2012, de 27 de abril, pretendiéndose aquí, tras lo expuesto en el fundamento anterior, que se concrete el momento para la valoración del requisito de la ausencia de mala conducta cuando se decide en alzada sobre los permisos ordinarios del artículo 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Contemplando la concesión en apelación de un permiso penitenciario denegado en la instancia, decíamos en aquella resolución: “no es inusual que en el curso de trámites jurisdiccionales como el que afecta al ahora implicado se produzcan circunstancias relevantes en la evolución del tratamiento, dignas de tenerse en cuenta a los efectos de la decisión.

Está fuera de duda que, desde un punto de vista legal y de dogmática procesal, el recurso de apelación, por principio, debe versar sobre el mismo objeto que lo hubiera sido de la resolución apelada; pues, de otro modo, el juicio correspondiente no sería, en rigor, el propio de la segunda instancia y tampoco el tribunal competente operaría como un órgano de esta naturaleza. Por tanto, es claro que, como regla, es esta la que debe regir y conforme a la que debe decidirse en este caso.

Ahora bien, es asimismo evidente que un régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria, para ser funcional a su objeto y al propio cometido constitucional del tratamiento de los internos en centros de esa índole, necesita

adecuarse con razonable flexibilidad al ritmo de este, para no volverse, paradójicamente, contra su objeto.

Por ello, en este marco, aun debiendo prevalecer por norma la lógica propia de la apelación convencional; no debe perderse de vista que el Juez de Vigilancia, como también la Audiencia Provincial juzgan sobre la regularidad formal del acto administrativo; pero, al mismo tiempo, con su actuación, están incidiendo en la ejecución de una sentencia condenatoria, esto es “haciendo ejecutar lo juzgado” (artículo 117.3 de la Constitución Española). Algo que, excepcionalmente, puede reclamar la consideración de incidencias sobrevenidas en la evolución del interno, de las que no cupiera prescindir en el caso concreto, so pena de hacer inútil, por extemporánea o sin objeto, la decisión.

Naturalmente, para que esto se produzca, será preciso que a la incuestionable importancia de la circunstancia emergente que haga imprescindible su examen, se una la posibilidad de abordarla contando con todos los datos relevantes al respecto, porque se hayan aportado o, incluso, porque se reclamen. Además, por razón de garantía de todos los derechos en presencia, ese examen tendrá que hacerse en el respeto del principio de contradicción, esto es, con audiencia de todas las partes implicadas. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, al tratar del recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal, en el procedimiento abreviado (artículo 790.3) permite someter al órgano de la segunda instancia elementos de juicio que no pudieron ser tratados en la primera. Previendo un supuesto que guarda patente analogía con el que ha dado lugar a este recurso”.

Con tal fundamento, nuestra sentencia estableció el criterio de que: “en la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de este; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión, estas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla”.

2. Desde esa consideración general, y como pretende el Ministerio Público, debe concluirse que el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, como sucedería también con el transcurso del tiempo que falte para el cumplimiento del primer cuarto de la condena también exigido en el artícu-

lo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario, son presupuestos de hecho que se contemplaron necesariamente en la resolución impugnada, de modo que carecen de una naturaleza excepcional que justifique la consideración de su concurrencia al tiempo del recurso de alzada, siempre que fueran correctamente computados en la decisión que se impugna.

Por otro lado, considerando que la valoración de conducta para la concesión de los permisos ordinarios previstos en el artículo 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es de completa apreciación subjetiva por las razones expuestas en el fundamento jurídico anterior, aquellas variaciones (diferentes del mero transcurso del tiempo) que se susciten tras el acuerdo de la Junta de Tratamiento y que puedan influir en el requisito de la ausencia de mala conducta, haciendo desaparecer o reaparecer la exigencia, deberán documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, habrán de ser sometidas a la contradicción de las partes.

QUINTO.- Conforme al artículo 901 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

Vistos los precitados argumentos jurídicos,

FALLO

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

Estimar parcialmente el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 2 de febrero de 2018, en el sentido de considerar parcialmente incorrecto el criterio mantenido por el referido auto dictado en su recurso Apelación Juzgado Vigilancia y en consecuencia declarar:

1.º. El requisito de ausencia de mala conducta exigido para la concesión del permiso ordinario penitenciario contemplado en el artículo 47.2 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es un presupuesto de ponderación técnica a partir de todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, así como a su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario que le resulte aplicable. Por ello,

cumplida la sanción de privación de permiso por el tiempo que haya sido impuesta, la mera existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, no comportará la carencia del requisito si se aprecian otras razones objetivas que fundamenten su concurrencia.

2.º. En los casos en los que la falta del requisito de adecuada conducta responda exclusivamente a la existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, en los casos en los que hubiera sido correctamente computado en la decisión que se impugna, es un presupuesto de hecho ya contemplado en la resolución, de modo que carece de la naturaleza excepcional que permitiría considerar su concurrencia al tiempo del recurso de alzada.

3.º Cuando la falta del requisito de adecuada conducta, más allá de la simple existencia de sanciones penitenciarias sin cancelar, responda a la ponderación de esa y otras circunstancias diversas, la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria también habrá de estar a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de éste; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión y que no hubieran sido inicialmente contempladas, puedan ser examinadas en la alzada, siempre tras un debate contradictorio entre las partes intervinientes en el recurso.

49.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LUGO DE FECHA 06/09/2019

Para el cómputo del límite máximo de días de permiso a disfrutar durante el año se tendrá en cuenta la fecha de Junta, no la anualidad en la que se disfruta o autoriza judicialmente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado se sigue expediente en que se formula recurso por el penado, actualmente extinguiendo condena internado en

el centro penitenciario de cumplimiento de Pereiro de Aguiar, contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento de dicho establecimiento penitenciario en sesión ordinaria celebrada el 20-06-2019.

SEGUNDO.- De dicho recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien emitió informe estimando que no procede acceder a la solicitud en materia de permiso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 47 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 154 de su Reglamento establecen la regulación de la concesión de los permisos de salida que se pueden conceder a los internos en Centros Penitenciarios, los cuales tienen como finalidad esencial la preparación para la vida en libertad, objetivo que obliga a entender tales permisos como corrección y readaptación del penado y como parte del tratamiento.

El artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario recoge los tres requisitos que deben concurrir para poder acceder a la concesión de los permisos ordinarios, cuáles son, que el interno haya extinguido la cuarta parte de la condena, que se encuentre clasificado en segundo o tercer grado y que no observe mala conducta, requisitos que tienen el carácter de mínimo necesario.

SEGUNDO.- En el presente caso concurren en el penado los tres requisitos citados, pues consta en este Juzgado que ha disfrutado de varios permisos de salida sin que se hayan hecho constar incidencias negativas.

Así las cosas, la razón argüida por la Junta de Tratamiento para la adopción del acuerdo denegatorio de permiso es únicamente la de agotamiento del cupo reglamentario de los días de permiso.

Frente a ello, el interno alega en el recurso que el Centro ha computado en el cupo del año 2019 aquellos permisos penitenciarios que, aunque disfrutados o autorizados en este año, fueron solicitados y pasados por Junta en la anualidad anterior.

Solicitado informe del Centro, por éste se manifiesta que el interno disfrutó durante el año 2019 de cinco permisos, uno de tres días y cuatro de siete, estando a fecha del informe pendiente de disfrutar otro permiso de siete días, con lo que, incluyendo éste, habría disfrutado en el año 2019 de

38 días de permiso que exceden del límite de 36 días que fija el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario.

No indica sin embargo el informe del Centro a qué concreta Junta se corresponde cada permiso, limitándose a enumerar las fechas de las Juntas celebradas en el año 2019.

Sin embargo, tal como indica el recurrente, de los cinco permisos referidos por el Centro, los tres primeros, disfrutados en los meses de enero, febrero y abril de 2019, se corresponden con Juntas celebradas en el año 2018 en las siguientes fechas: 28-12-2017, 27-09-2018 y 20-12-2018, mientras que los disfrutados en mayo y julio de 2019 se corresponderían ya con Juntas celebradas en esta anualidad, concretamente con las de fecha 7-02-2019 y 28-03-2019, que concedieron al interno dos permisos de siete días, estando asimismo pendiente de disfrutar otro permiso de siete días correspondiente a la Junta de 9-05-2019.

Así las cosas, cabe aplicar al presente supuesto el criterio jurisprudencial plasmado en el recurso de queja, máxime teniendo en cuenta que en este caso, la autorización judicial de varios permisos denegados por la Junta se postergó en el tiempo con motivo de la huelga de funcionarios durante los primeros meses de 2019, totalmente legítima, pero que en modo alguno puede repercutir desfavorablemente en el régimen de permisos del penado ni en el cómputo de los mismos.

Dicho criterio establece que los permisos disfrutados por el interno, cuya concesión haya tenido lugar por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a consecuencia de un recurso interpuesto contra un acuerdo denegatorio de la Junta de Tratamiento, deberán computarse en la anualidad en la cual se haya pronunciado la correspondiente Junta denegándolo, y no en la anualidad en la que se disfruta (o autoriza judicialmente) el permiso concedido, siempre, claro está, que en aquélla anualidad no se hubieran agotado las días de permiso preceptuados en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario.

Aplicando este criterio al caso de autos, resulta que, de los permisos disfrutados en 2019, sólo deberán computarse a dicha anualidad los tres permisos de siete días autorizados por las Juntas de 7-02-2019, 28-03-2019 y 9-05-2019, es decir, 21 días, con lo que todavía le restarían al interno 15 días por disfrutar del cupo correspondiente a esta anualidad.

Procede, en consecuencia, estimar la queja del interno en el sentido solicitado, y autorizar el permiso de salida interesado por el interno con la duración de CINCO días, supeditándolo a las condiciones bajo las que disfrutó el último permiso.

En base a lo expuesto,

ACUERDO

ESTIMAR EL RECURSO PLANTEADO por el interno contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar de fecha 20-06-2019, y en consecuencia, autorizar la concesión al mismo de un permiso de CINCO DÍAS, estableciendo como medidas o reglas las fijadas con ocasión del último permiso disfrutado por el interno.

50.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 02/12/2019

Los permisos deben ser estudiados por la Junta de Tratamiento en un plazo máximo de 3 meses.

HECHOS

PRIMERO.- Por el interno, del Centro Penitenciario de Alicante II - Villena, se formula queja a este Juzgado en relación a la actuación del Departamento de Régimen, 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 interesar su estimación.

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 dado que, aun cuando se informa de que, pese a no pasar por Junta cada tres meses para permiso, ello no supondría pérdida de estudios del número total de permisos –el Centro se basa para apoyar su postura en la Instrucción 1/2012 que establece que los resultados de la evaluación del disfrute de los permisos anteriores serán tenidos en cuenta para el estudio de los siguientes–, no resulta adecuado alterar las fechas de estudio teniendo a su disposición la Administración Penitenciaria lo dispuesto en el artículo 157 del Reglamento Penitenciario para el caso de incidencias en su disfrute.

DISPONGO

Estimando la queja del interno, ORDENO AL DIRECTOR DEL CENTRO PENITENCIARIO que disponga lo necesario para que todos los internos, con independencia de si han disfrutado o no el/los permiso/s anterior/es, pasen por Junta de Tratamiento para estudio de futuros permisos en UN PLAZO MÁXIMO DE TRES MESES, como es regla general en el Centro.

51.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 16/12/2019

Se rechaza inhibición del Juzgado de Instrucción para resolver queja ante denegación de permiso extraordinario de preso preventivo.

HECHOS

PRIMERO.- Por auto de fecha 12/11/19, se declaró la falta de competencia objetiva de este Juzgado para resolver la queja del interno, en prisión preventiva acordada en Diligencias Previas por el Juzgado de Instrucción

nº 3 de Soria, contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Soria de fecha 24/10/19 que le denegaba un permiso de salida extraordinario, acordándose la remisión de testimonio del procedimiento al indicado Juzgado de Instrucción.

SEGUNDO.- En el día de la fecha, se recibe en este Juzgado el procedimiento con la inhibición del Juzgado de Instrucción nº 3 de Soria para resolver sobre la queja del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Este Juzgado declaró, en auto de fecha 12/11/19, la falta de competencia objetiva para resolver la salida de permiso extraordinario del interno de referencia, con fundamento en el artículo 48.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 4 del mismo texto legal, remitiendo testimonio del procedimiento al Juzgado de Instrucción nº 3 de Soria, al estimar que es el competente para la resolución de la queja del interno.

SEGUNDO.- El indicado Juzgado de Instrucción, interpretando el artículo 161 del Reglamento Penitenciario, considera que la competencia para resolver la queja del interno la tiene este Juzgado porque “frente a la denegación de la Junta de Tratamiento procede la queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, así como por la redacción del art 162 del mismo texto legal.

El artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria “Acordar lo que proceda sobre las peticiones y 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 beneficio penitenciario de aquellos”. La simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios con el mandato constitucional del artículo 25 de la Constitución Española no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental, entre otras Sentencias del Tribunal Constitucional 75/1998 y 88/1998, 137/2000 y 194/2002. Reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional que este precepto no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende, a través de él, que en la dimen-

sión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad (Autos del Tribunal Constitucional 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1986 y Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, 19/1988, 28/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994, 112/1996, 2/1997 ó 81/1997). Dicho con otras palabras, aunque tal regla puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente, en sí misma, de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado –Decisión de no admisión de 22 de enero de 2013–, que el que las decisiones de las autoridades penitenciarias denegando un permiso penitenciario estén sujetas a revisión judicial, no les confiere la categoría de un derecho. La concesión de un permiso, aunque se reúnan los requisitos establecidos en la Ley, no es automática, correspondiendo la valoración de las circunstancias del penado a las autoridades administrativas y, en último término, a la autoridad judicial. La revisión de la decisión por estas últimas es una garantía de la propia aplicación por las autoridades administrativas de la legislación penitenciaria frente a eventuales abusos o arbitrariedades, siendo una garantía del cumplimiento de la finalidad reeducadora y reinsertadora.

En consecuencia, los permisos de salida no tienen la consideración ni de derecho fundamental, ni de derecho penitenciario, a los que se refiere el citado artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria, son eficaces instrumentos de tratamiento que cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno. Partiendo de esta premisa, así como de la interpretación conjunta de los artículos 161 y 162 del Reglamento Penitenciario, se considera que un preso preventivo no puede salir de permiso sin autorización expresa de la Autoridad Judicial a cuya disposición se encuentre, por lo que procede rechazar la inhibición acordada.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA RECHAZAR LA INHIBICIÓN acordada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Soria, en auto de fecha 29/11/19, procedimiento de Diligencias Previas.

52.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MURCIA DE FECHA 30/12/2019

En el caso de los permisos extraordinarios, la instancia debe ser cur-sada el mismo día de su entrega y el Centro Penitenciario debe reali-zar las gestiones para comprobar la veracidad del hecho que motiva el permiso.

HECHOS

PRIMERO: Por el interno arriba identificado se articuló recurso de queja contra el Sr. Director del Centro Penitenciario Murcia II por no haberle autorizado permiso extraordinario de salida para concurrir al sepelio de su hermana, fallecida, según indica en su escrito, el día 11 de diciembre de 2017, entendiéndose que tal denegación ha vulnerado sus derechos como preso.

SEGUNDO: Conferido traslado al Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso formulado y la confirmación del acuerdo impugnado, dictándose auto de fecha 18-09-19 en el que se acordó desestimar la queja formulada por el interno.

TERCERO: Contra dicha resolución y mediante escrito recibido el pasado día 04-11-19, el penado articula recurso de reforma contra la citada resolución así como subsidiario de apelación; dado traslado del mismo al Ministerio Fiscal ha interesado su desestimación, quedando las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones de legal cumplimiento.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Conforme dispone el artículo 156 del Reglamento Peniten-ciario, en sede de permisos extraordinarios:

1. 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 com-

probados 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.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.

3. Cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia.

4. Se podrán conceder, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, permisos extraordinarios de salida de hasta doce horas de duración para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un hospital extrapenitenciario. En este último caso, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado.

5. Los permisos a que se refiere el apartado anterior no estarán sometidos, en general, a control ni custodia del interno cuando se trate de penados clasificados en tercer grado y podrán concederse en régimen de autogobierno para los penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida.

Paralelamente, en sede de compatibilidad de permisos ordinarios y extraordinarios, el artículo 158 proclama:

1. Concesión de un permiso extraordinario no excluye la de los ordinarios de los internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento.

2. En ningún caso se concederá un permiso extraordinario cuando el supuesto de hecho o las circunstancias concurrentes permitan su tramitación como permiso ordinario.

SEGUNDO: Impugna el penado el auto dictado en fecha 18-09-19 señalando que él no se encontraba en primer grado sino en segundo grado y que tuvo conocimiento del fallecimiento de su hermana (acontecido el día 11-12-17) el día 13-12-17, por la noche, cuando se lo comunicó el

funcionario, habiendo solicitado la concesión de permiso extraordinario el día 14-12-17.

Ciertamente no consta informado que el penado se hallara en primer grado en la fecha del fallecimiento de su hermana sino que fue trasladado en primer grado, meses después, el día 30-05-18.

También aparece que el penado formuló instancia un día antes del entierro, el día 14-12-18 y que, se ignora la razón de ello, dicha instancia que precisamente por tratarse de permiso extraordinario por defunción, debía haberse tramitado con carácter urgente, fue entregada al Sr. Director al día siguiente.

También es cierto que Valencia, lugar del sepelio, no dista excesiva distancia por carretera de Murcia, por lo que el traslado era viable realizarlo a lo largo del día 14-12-18.

No obsta que la Dirección sostenga que “no había más documentación anexa que la propia instancia del interno” pues la acreditación del fallecimiento de un familiar del penado no puede convertirse en una “probatio diabolica” para quien se halla privado de libertad y, por tanto, imposibilitado de hacerse con un certificado de defunción, pudiendo y debiendo el centro haber comprobado dicho extremo.

Se estima por todo lo anterior, –acreditado el fallecimiento de su hermana, que no resulta discutido por el establecimiento–, que la razón asiste al penado y al mismo se le pudo y debió permitir asistir al sepelio en Valencia de la misma, adoptándose por parte del Centro Penitenciario Murcia II con la diligencia necesaria las prevenciones y resolución atinente al efecto, permitiendo que la instancia llegara al Sr. Director instantes después de haber sido cursada, resolviendo éste sobre la misma y haciéndose seguidamente uso rápido y diligente de los medios de comunicación necesarios con los Servicios Centrales y con las fuerzas de Seguridad para verificar el traslado del mismo.

Por ello procede estimar el recurso de reforma que nos ocupa.

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

PARTE DISPOSITIVA

POR S.S^a SE ACUERDA: Estimar el recurso de reforma articulado por el interno contra el auto dictado en fecha 18-09-19 que se reforma y en su lugar se declara estimada a derecho la queja formulada por el mismo entendiéndose que le pudo y debió ser autorizado, por el Centro Penitenciario Murcia II, el permiso extraordinario de salida que el mismo solicitó el día 14-12-17 para asistir en Valencia al sepelio de su hermana fallecida que tuvo lugar el día 15-12-17, pues el citado, que a la fecha de la solicitud se hallaba clasificado en segundo grado, elevó instancia al Sr. Director del citado establecimiento con la antelación suficiente (24 horas antes) para que el mismo se pronunciara sobre la misma y pudiera tener lugar el desplazamiento del referido hasta el lugar del enterramiento.

Se insta a la Dirección del Establecimiento a que las instancias formuladas por los internos en las que se solicita permiso extraordinario de salida sean cursadas en el momento mismo de su entrega y no al día siguiente y sean resueltas en el mismo día de su petición y a que sea el Centro Penitenciario el que, de no resultar acreditado documentalmente por los internos que soliciten permiso de salida por causa de fallecimiento de familiar, el hecho de la defunción, realice las gestiones necesarias para comprobar la certeza de la misma.

CAPÍTULO IX

PRISIÓN PROVISIONAL

53.- SENTENCIA 85/2019 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 19/06/2019

Se estima cuestión interna de constitucionalidad. Se declaran inconstitucionales los incisos del artículo 294.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”. Votos particulares.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante providencia de 6 de septiembre de 2018, el Pleno de este Tribunal admitió a trámite la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno en el recurso de amparo avocado núm. 4035-2012, en relación con los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por posible vulneración de los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acordó reservarse para sí el conocimiento de la cuestión.

2. Los antecedentes de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad son los que a continuación se resumen.

a) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de julio de 2012, la procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don A., interpuso recurso de amparo contra la sentencia de 24 de mayo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso administrativo núm. 422-2011 interpuesto contra la resolución del secretario de Estado de Justicia de 11 de mayo de 2011, recaída en el expediente 321-2010, denegatoria de la indemnización solicitada por haber sufrido prisión provisional y ser absuelto posteriormente.

Los hechos de los que trae causa el recurso de amparo (tramitado ante el Pleno de este Tribunal con el núm. 4035-2012) son, en síntesis, los siguientes:

(i) Mediante resolución de 11 de mayo de 2011, el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del ministro de Justicia, resolvió desestimar la reclamación formulada por el demandante de amparo por la prisión provisional en la que permaneció 358 días, acordada en el procedimiento penal en el que fue absuelto de todos los cargos por sentencia de 13 de octubre de 2009 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona. En la resolución se aduce, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, que se absuelve al hoy reclamante por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, porque la prueba practicada en el juicio oral no permite estimar acreditada su participación en los hechos declarados probados. “Estamos ante el supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria sin que se haya acreditado la total desconexión de la reclamante respecto de los delitos que se le imputaban. Por otra parte, tampoco la sentencia [penal] declara la inexistencia de los hechos imputados, requisito fijado por el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

(ii) Contra dicha resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo en el que se alega, en síntesis, que concurren los requisitos para la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, procediendo la aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al estar en presencia de la inexistencia subjetiva; es decir, de la no participación del actor en los hechos imputados. Especifica que no se debe aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 23 de noviembre de 2010, que remiten a la vía del error judicial del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que dicha jurisprudencia es posterior a su reclamación e infringe los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 17 y 24.1 y 2 de la de la Constitución Española, así como los artículos 5.5, 6.2 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(iii) Por sentencia de 24 de mayo de 2012, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó la pretensión formulada. Se razona que, conforme al cambio de criterio jurisprudencial sobre el marco del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 23 de

noviembre de 2010 y confirmado posteriormente por otras sentencias del Alto Tribunal, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla solo supuestos de inexistencia objetiva del hecho, que no se aprecia en el caso, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona declara la existencia de los delitos de homicidio en grado de tentativa y de lesiones y absuelve por la no acreditación de la participación de los acusados en los hechos declarados probados por insuficiencia de la prueba de cargo. A juicio de la sala, la pretensión debería haberse canalizado, en tiempo y forma, por la vía del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) El recurrente denuncia en su demanda de amparo que la sentencia de la Audiencia Nacional ha vulnerado sus derechos a la libertad y seguridad (artículo 17.1 de la Constitución Española), a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española y artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) así como la obligación de indemnizar fijada en el artículo 5.5. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Suplica que se declare su nulidad y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su dictado. En síntesis, fundamenta sus quejas con los siguientes argumentos:

(i) Se desconoce el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución Española en cuanto se ha acreditado que no tuvo participación en el delito que provocó la prisión provisional y, sin embargo, se ha desestimado la pretensión indemnizatoria al respecto. El recurrente parte de que la obligación de soportar la privación de libertad como sacrificio del interés individual en beneficio del interés general de la sociedad (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero) debe ser indemnizada por el Estado cuando se archive o se absuelva en el procedimiento penal. Junto a esa premisa, trae al debate los artículos 121 de la Constitución Española y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el carácter objetivo –a su entender– de la responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuyos dos únicos requisitos, funcionamiento anormal y daño, estima que están claramente presentes en los supuestos de prisión provisional seguida de sentencia absolutoria o archivo.

(ii) Se vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española. La denegación de la indemnización por haber sufrido prisión provisional comporta una diferenciación sin causa justificada respecto de las personas a las que sí se les reconocen indemnizaciones

por dilaciones indebidas, incluso con independencia de que la sentencia dictada en el proceso penal sea absolutoria o condenatoria. En ambos supuestos concurre una responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

(iii) Se lesiona el derecho a la presunción de inocencia reconocido en los artículos 24.2 de la Constitución Española y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que, a pesar de que existe una sentencia absolutoria, se pone en duda su inocencia al considerar que existen indicios de culpabilidad para denegar la indemnización reclamada, tal como razonan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, caso Puig Panella c. España, o de 13 de julio de 2010, caso Tendam c. España.

(iv) Se infringe el artículo 5.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, a su juicio, establece la obligación de los Estados firmantes de indemnizar a las personas que, habiendo estado privadas de libertad, sean declaradas inocentes con posterioridad.

c) Por providencia de 23 de mayo de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, cuya tramitación continuó conforme al cauce legalmente previsto, acordando el Pleno de este Tribunal por providencia de 20 de febrero de 2017 recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo, a propuesta del presidente y de conformidad con el artículo 10.1.n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

d) El Pleno acordó, por providencia de 24 de mayo de 2018 y en ejercicio de la potestad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con suspensión del plazo para dictar sentencia, “oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de ésta, respecto de si los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ‘por inexistencia del hecho imputado’ y ‘por esta misma causa’ pueden resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española), a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) y a la presunción de inocencia (24.2 de la Constitución Española), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo

a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado”.

e) La representación procesal del recurrente en amparo formalizó escrito registrado el 7 de junio de 2018, donde efectuó sus alegaciones en apoyo del planteamiento de la referida cuestión interna de inconstitucionalidad. Estima que el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vulnera el derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) en tanto se discrimina en materia de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia los supuestos de indemnización por prisión provisional y por dilaciones indebidas. También entiende que infringe el artículo 17.1 de la Constitución Española, en tanto la prisión provisional supone el sacrificio del interés individual en beneficio general de la sociedad, sacrificio este que debe indemnizarse cuando se absuelve o se sobresee, lo que enlaza con el carácter objetivo de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el artículo 121 de la Constitución Española. Por último, considera que el artículo 294.1 la Ley Orgánica del Poder Judicial lesiona el artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que opera en el procedimiento administrativo, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se deniega la indemnización por haber sufrido prisión provisional en atención a que existen indicios de participación en un delito a pesar de existir una sentencia absolutoria.

f) El abogado del Estado presentó escrito registrado el 11 de junio de 2018 en el que suplica que el Tribunal decline el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. A su entender, debe descartarse claramente que el tenor literal del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vulnere los artículos 17 y 24.2 de la Constitución Española. Subraya que el precepto se limita a definir los supuestos indemnizables, sin que la denegación de una indemnización afecte al derecho a la libertad, pues no incide en la situación de libertad del demandante ni implica su privación o restricción (Auto del Tribunal Constitucional 145/1998) ni existe un derecho a ser indemnizado por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, al hilo de los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Tampoco los términos legales del precepto entrañan, a su juicio, una sospecha de culpabilidad sobre el sujeto absuelto contraria al derecho a la presunción de

inocencia, que, en su caso, procederá de la concreta decisión y los términos que adopte el órgano jurisdiccional.

Por lo que atañe a la hipotética incompatibilidad del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 14 de la Constitución Española, que juzga el aspecto más propio de una cuestión de inconstitucionalidad por apuntar al tenor del precepto legal y no a su aplicación, argumenta que se trata de un supuesto específico de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez. Defiende que ese supuesto no es genéricamente distinto del específico de error judicial o del de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, de carácter subjetivo o por culpa conforme al artículo 121 de la Constitución Española. En concreto, se trataría de un caso de error judicial con un procedimiento simplificado, lo que considera motivado razonablemente, porque, en caso de absolución o sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado, es más clara objetivamente la situación de error (artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que en caso de falta de pruebas, por lo que no requiere de una nueva declaración judicial de error (artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que sí será precisa en el resto de supuestos. Apunta después que el artículo 121 de la Constitución Española no estatuye el que la responsabilidad por prisión sea objetiva, sino que tiene como presupuesto la equivocación del juez, de modo que la decisión de indemnizar en casos de prisión sin error judicial pertenece a la decisión del legislador. En suma, tanto el mantenimiento del contenido actual del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como su modificación o supresión son opciones legislativas ex de la Constitución Española.

g) El fiscal ante el Tribunal Constitucional formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 21 de junio de 2018, en el que estima concurrentes los requisitos procesales de rango legal del precepto cuestionado: momento procesal oportuno, apertura del trámite conforme a lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y juicio de aplicabilidad, pero cuestiona el requisito de relevancia. Más allá de manifestar algunas dudas sobre un posible óbice de falta de agotamiento de la demanda, aduce razones de fondo apoyadas en la jurisprudencia constitucional para rechazar la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Considera que el Tribunal ya se ha encontrado con el problema de la aplicación y relevancia del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial en recursos de amparo que se revelan sustancialmente idénticos o semejantes al presente, muy específicamente en las Sentencias de Tribunal Constitucional 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, y lo ha resuelto sin cuestionar la constitucionalidad, ni parcial ni absoluta, del precepto.

En particular, sostiene que esas sentencias han puesto de manifiesto que la lesión del artículo 24.2 de la Constitución Española no se debe a la denegación de la indemnización con base en el precepto, sino a la concreta motivación o argumentación así como al ejercicio por los órganos jurisdiccionales de sus funciones. Asimismo, el Tribunal Constitucional no ha controvertido la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no habiendo avalado la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, FJ 5), que es precisamente lo sostenido por el recurrente de amparo con base en el artículo 17 de la Constitución Española y, sin embargo, negado en el Auto del Tribunal Constitucional 145/1998, de 22 de junio. Por último y respecto a la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, la demanda plantea una lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sin acreditar un *tertium comparationis* aceptable, al pretender comparar casos no iguales, cuales son la indemnización por dilaciones indebidas y por prisión preventiva. Y recuerda que el Tribunal Constitucional ha descartado ya la alegación de vulneración del derecho a la igualdad (Auto del Tribunal Constitucional 220/2001, FJ 3) en la regulación y consecuencias de los artículos 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado el amplio margen del que dispone el legislador ordinario para el desarrollo del artículo 121 de la Constitución Española, del que ha hecho uso en dicha regulación. El error judicial es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el plano de la legalidad por los Tribunales.

3. Por Auto del Tribunal Constitucional 79/2018, de 17 de julio, el Pleno del Tribunal acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” por oposición a los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española.

El auto argumenta la aplicabilidad y relevancia de los citados incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De un lado, tanto la resolución administrativa como la judicial, a las que se imputan las le-

siones de los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española, rechazan la solicitud de indemnización porque el citado precepto legal no reconoce un derecho a la indemnización en el caso controvertido, al haberse absuelto por falta de pruebas de la participación en los hechos y no por “inexistencia del hecho imputado”. De otro lado, pone el acento en las particularidades del supuesto frente a otros ya examinados por el Tribunal, singularmente los resueltos en las Sentencias de Tribunal Constitucional 8 y 10/2017. Esa singularidad atañe tanto al contenido impugnatorio que, además de denunciar la lesión del derecho a la presunción de inocencia, también apunta a la infracción del derecho a la libertad y del derecho a la igualdad, como al contexto fáctico de decisión, que analiza la falta de acreditación de la participación en los hechos y no del hecho mismo. Por todo ello, el Pleno concluye que no cabe proyectar al recurso de amparo en cuestión la doctrina constitucional existente y descarta la irrelevancia de cuestionar la constitucionalidad del precepto aducida por el Ministerio Fiscal con base en esa doctrina.

El Tribunal recuerda que en la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992, de 22 de junio, F2, se afirma que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales, cuestionándose la admisibilidad constitucional ex artículo 14 de la Constitución Española de una interpretación restrictiva del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que excluyera del ámbito de indemnización los supuestos de probada inexistencia subjetiva y lo limitara a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho. Destaca también que en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, de 19 de enero, FJ 7, se declara incompatible con el artículo 24.2 de la Constitución Española la utilización de argumentos que directa o indirectamente afecten a la presunción de inocencia al decidir sobre la responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional. Sin embargo, así parece hacerlo la delimitación del derecho a la indemnización por lo probado o no en el proceso penal, que atiende a la prueba de la inexistencia del hecho imputado con la exclusión implícita de la idoneidad a efectos resarcitorios de la absolución por la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2017, FJ 4). Y, en fin, se subraya que el recurso de amparo de origen fue admitido al apreciar que concurría en el mismo especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), porque da ocasión al Tri-

bunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2, b)], en relación con el fundamento constitucional de la indemnización por prisión preventiva en el derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).

Desde las anteriores consideraciones, el Pleno estima procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad en un triple sentido. “En tanto esa selección de supuestos indemnizables en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante los incisos ‘por inexistencia del hecho imputado’ y ‘por esa misma causa’ puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (artículo 17 de la Constitución Española), introduciendo diferencias irrazonables de trato por las razones de la absolución (artículo 14 de la Constitución Española) que irremediablemente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (artículo 24.2 de la Constitución Española)”.

4. Por providencia de 6 de septiembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó tener por planteada la presente cuestión interna de inconstitucionalidad en aplicación de los artículos 55.2 y 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reservarse su conocimiento y, de conformidad con el artículo 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al fiscal general del Estado, para que en el plazo improrrogable de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes.

5. El 13 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal comunicación de la presidenta del Congreso dando cuenta de que la Mesa de la Cámara acordó personarse en el proceso y ofrecer su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Idéntico ofrecimiento por parte del Senado fue comunicado por su presidente a este Tribunal mediante oficio registrado el 20 de septiembre de 2018.

6. El abogado del Estado se personó en el proceso y formuló sus alegaciones por escrito registrado el 28 de septiembre de 2018, en el que solicita la desestimación íntegra de la cuestión interna de inconstitucionalidad con base en las alegaciones ya hechas al pronunciarse sobre la oportunidad de

plantear la cuestión, adicionando los argumentos que a continuación se exponen de forma resumida.

Con carácter preliminar se efectúa un cuádruple recordatorio: (i) la Constitución no reconoce un derecho fundamental a ser indemnizado en los casos de prisión provisional, como tampoco lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que solo dispone la obligación de hacerlo en los casos de detención irregular de su artículo 5.5; (ii) la responsabilidad de la Administración de Justicia se limita a los casos de funcionamiento anormal, conforme al artículo 121 de la Constitución Española, a diferencia de los casos de responsabilidad por el funcionamiento de otros servicios públicos (artículo 106 de la Constitución Española); (iii) la libertad que tiene el legislador para configurar esa responsabilidad, que se plasma en los artículos 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial; (iv) y, en ese marco, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce el derecho a la indemnización en caso de absolución o sobreseimiento por “inexistencia del hecho imputado”, de modo que la eliminación de los incisos cuestionados supondría una modificación sustancial del precepto que convertiría la indemnización en objetiva e ilimitada, con importantes consecuencias económicas, frente a la decisión del legislador e, incluso, del constituyente, que debería sostenerse en razones muy poderosas. Para completar lo que califica como marco de referencia que debe asumirse al debatir sobre la inconstitucionalidad de los incisos del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añade que el régimen legal de la prisión viene acompañado de un ámbito de incertidumbre sobre si el proceso terminará con la absolución o el sobreseimiento, y teniendo los ciudadanos el deber jurídico de soportar dicha incertidumbre. Por último, apunta que la evolución de la interpretación del precepto ha pasado por una visión extensiva, que incluía supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva; pero después se ha restringido a una interpretación literal que solo atiende a los casos de inexistencia objetiva para adaptarla a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, destaca que, para los supuestos antes cubiertos por la doctrina extensiva, queda abierta la vía del error judicial, que no es ineficaz, pues el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es un subtipo de error judicial, que, al quedar evidenciado en el proceso penal, no precisa otra declaración jurisdiccional en tal sentido.

Sentadas las premisas anteriores, rechaza sintéticamente la contrariedad del precepto cuestionado con los tres preceptos constitucionales respecto a los que se plantea la cuestión.

a) Defiende la conformidad del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 17 de la Constitución Española, ya que no se comprende la relación entre una indemnización económica exigible cuando la privación de la libertad personal ha cesado y la persona ha sido absuelta y las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución Española, como ya razonó el Auto del Tribunal Constitucional 145/1998. El precepto, como sucede en el 5.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, protege frente a la detención arbitraria, sin seguir las formalidades legales, por lo que del artículo 17 de la Constitución Española podría deducirse hipotéticamente un deber de indemnizar por parte del Estado cuando la prisión provisional ha sido arbitraria e ilegal, pero no cuando el Juez la ha decretado razonando su procedencia. Otra cosa, apunta, es que el legislador, en el ejercicio de su voluntad política y por la vía de la legislación de desarrollo de la Constitución en materia de responsabilidad patrimonial, reconozca el derecho a obtener una indemnización a las personas privadas de libertad provisionalmente y luego absueltas o cuya imputación haya sido sobreseída. Y puntualiza que, incluso si se acepta que del artículo 17 de la Constitución Española se deriva esta dimensión indemnizatoria, dado que no se trata de un derecho relacional, no puede considerarse inconstitucional una previsión como el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que precisamente indemniza a la persona en la que concurren esas circunstancias, que, no son, precisamente, las del supuesto del recurso de amparo que motiva la cuestión.

b) La representación del Gobierno tampoco acierta a comprender la base jurídica con que se plantea la vulneración del principio de presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condena al Reino de España cuando la inocencia fijada en el proceso penal se ha visto matizada o modificada por la Administración o por los órganos jurisdiccionales que han apreciado una duda sobre esa declaración de inocencia como base para no indemnizar. El enunciado normativo del pasaje legal cuestionado, sin embargo, se formula de forma que si la persona ha sido absuelta por inexistencia del hecho, la indemnización debe reconocerse, sin que pueda arrojarse duda alguna sobre la inocencia de la persona absuelta, que será una interpretación errónea de la

Administración o del órgano jurisdiccional ajena a la constitucionalidad del mencionado pasaje legal. Como en el caso del artículo 17 de la Constitución Española, tampoco aquí el derecho tiene una dimensión relacional, de modo que no puede considerarse inconstitucional una previsión que precisamente indemniza a la persona en la que concurren estas circunstancias, insistiendo en que ello no acontece en el caso, sin mención alguna a la inocencia de la persona privada de libertad.

c) A juicio del abogado del Estado, la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española sí tiene una indudable dimensión relacional, que el Tribunal ha concretado al señalar como término de comparación los casos de inexistencia subjetiva, que ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992 consideró idénticos a los de inexistencia objetiva. No obstante, recuerda que esa misma sentencia apreció diferencias razonables con la absolución por falta de prueba y que el Auto del Tribunal Constitucional 220/2001 rechazó que los distintos supuestos regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial vulneraran el derecho a la igualdad, dado el amplio margen del que dispone el legislador para desarrollar el artículo 121 de la Constitución Española. El abogado del Estado rechaza de partida que sean comparables los supuestos de falta de acreditación de la participación en el hecho punible con los de inexistencia del hecho. Pero, incluso si se afirmara la corrección de ese término de comparación, descarta que el diferente tratamiento que dispone el legislador pueda calificarse de irrazonable, arbitrario o desproporcionado en el marco de esa amplia libertad de configuración y en tanto no es lo mismo una prisión provisional, seguida de la constatación de la inexistencia de un hecho, que la falta de acreditación de la participación subjetiva en un hecho constatado, situación en la que puede reclamarse por la vía del error judicial.

A modo de conclusión, el abogado del Estado advierte que la apreciación de la inconstitucionalidad supondría una actuación de este Tribunal como legislador que ampliaría sustancialmente el precepto, convirtiendo la responsabilidad del Estado en una responsabilidad automática y objetiva en contra de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Española y del entendimiento del Tribunal Supremo sobre el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la indemnización por prisión preventiva. Con el añadido de que “podría restringir las facultades del Juez de Instrucción” y de que “probablemente produciría efectos injustos entre ciudadanos privados provisionalmente de libertad por motivos sustancialmente distintos

(...) e incluso respecto de casos de error judicial no asociados a la prisión provisional”.

7. La Fiscal General del Estado, mediante escrito registrado el 23 de octubre de 2018, interesó la estimación de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad por entender que los incisos cuestionados vulneran los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española a la luz de la posición del Pleno reflejada en el auto de planteamiento.

a) En el bloque más amplio de razonamientos, aborda la oposición de los incisos cuestionados del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al artículo 17 de la Constitución Española desde el reconocimiento de la dificultad de anticipar el cambio de doctrina que entiende que se está planteando el Tribunal Constitucional sobre el fundamento constitucional de la indemnización por prisión preventiva en relación con el derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española). Lo característico del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es que se refiere a supuestos de prisión provisional lícita y legalmente adoptada. Ese presupuesto aplicativo aleja el precepto de lo establecido en el artículo 5.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que obliga a indemnizar por situaciones de prisión irregular precisamente porque se conculca el derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española). Pero también lo aleja del artículo 121 de la Constitución Española, pues no se trata de un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ni del supuesto específico de error judicial, como viene entendiendo el Tribunal Supremo, ya que la corrección inicial de la medida cautelar no cambia por el hecho de que la solución definitiva del proceso sea distinta a la condena. Con tal base, apunta que la situación de prisión regular indemnizable que recoge el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puede tener como fundamento indemnizatorio “el mero sacrificio que, en aras de intereses de persuasión eficaz del delito y otros generales de protección de valores, derechos o bienes constitucionales presentes en el proceso penal, comporta su adopción –aún legítima– en la esfera y ámbito que le es propio a este derecho [a la libertad] en cuanto limitación de la ‘libertad física’ o deambulatoria, que también constituye un valor constitucional de primer orden a garantizar y proteger por los poderes públicos”.

La Fiscalía defiende que existe una “conexión o vínculo constitucional del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 17 de la Constitución Española, que erigiría a éste en la verdadera fuente del

deber indemnizatorio por las prisiones provisionales regulares sufridas sin posterior desenlace de condena”, operando como una especie de compensación o reparación al individuo por el daño sufrido en su derecho a la libertad, en línea con lo previsto en los artículos 58 y 59 Código Penal sobre la compensación en caso de condena penal. “En definitiva, frente al deber de los investigados sometidos a una causa penal de soportar o sobrellevar injerencias legítimas o medidas restrictivas de su libertad en condiciones regulares, se trataría de poner en el otro lado de la balanza la obligación estatal de compensarle económicamente si finalmente resulta absolución o cierre anticipado del proceso. Ello como modo de contribuir a la eficacia de su derecho fundamental a la libertad física y ambulatoria del artículo 17 de la Constitución Española, máxime teniendo en cuenta las limitaciones en el normal desenvolvimiento de otros muchos derechos lleva añadida la situación de internamiento en un Centro Penitenciario”.

Identificado así el posible fundamento del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y su conexión con el derecho a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución Española, “la parca regulación contenida en el mismo en cuanto a su ámbito resarcitorio no resulta suficiente desde la perspectiva que requiere una suficiente contribución a la eficacia de la garantía del derecho fundamental del artículo 17 de la Constitución Española”. Estas carencias atañen tanto a la limitación restrictiva a “los supuestos de ‘inexistencia objetiva del hecho’, excluyendo otros con los que desde el fin, orientación y propósito constitucional del mecanismo reparador del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial guarda una identidad sustancial” como a que “tal limitación se efectúe en atención a la probanza alcanzada o no en el proceso penal”. E incluso –añade– a los déficits cualitativos del tenor del precepto, que no contempla “la posibilidad de toma en cuenta de circunstancias o elementos concurrentes que posibiliten individualizar la respuesta judicial al escenario fáctico y jurídico de la toma de decisión de la medida según el momento de su adopción, mantenimiento o revisión, el iterio desarrollo del proceso o incluso el propio comportamiento del sometido a la misma”, como sí contienen otras regulaciones de Derecho Comparado.

La Fiscalía advierte a continuación que situar en el artículo 17 de la Constitución Española la fuente del deber indemnizatorio en las prisiones provisionales regulares, descartando la vinculación exclusiva anterior al artículo 121 de la Constitución Española como su título de imputación,

restringe el amplio margen que se reconocía al legislador e incide en las posibilidades de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados por la jurisdicción ordinaria, de modo que no es posible reconducir los casos no contemplados en el tenor del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la vía del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, razona que, en tanto el fundamento de la indemnización se identifica con la “exigencia derivada del artículo 17 de la Constitución Española de compensar el sacrificio legítimo exigido e impuesto al sometido a privación de libertad regular en pro del interés general, resulta absolutamente desajustado pretender concebirlo como una modalidad especial objetivada de decisión errónea o funcionamiento anormal”, característica de la responsabilidad articulada por la vía del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Concluye afirmando que resulta patente la “escasez e incluso imprecisión del ámbito indemnizatorio contemplado en dicho precepto [artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], limitado a los casos de ‘inexistencia objetiva del hecho’, puesto que, si bien el legislador, dentro de su campo de opción legítima, puede restringir los supuestos indemnizables y establecer distinciones de trato entre ellos, ha de hacerlo sobre la base de discriminaciones con justificación objetiva y razonable, lo que enlaza con el debido respeto al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”.

b) En el análisis de la conformidad con el artículo 14 de la Constitución Española, la Fiscalía estima que, desde el fundamento constitucional en el artículo 17 de la Constitución Española del mecanismo de compensación y reparación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para prisiones preventivas regulares sin desenlace posterior de condena, el trato diferenciado establecido por mor de los incisos cuestionados carece de justificación objetiva y razonable y conduce a consecuencias desproporcionadas por comportar resultados excesivamente gravosos (negativa del derecho a ser indemnizado) para quienes se encuentran en situaciones esencialmente iguales. En primer lugar, rechaza que existan diferencias desde tal ratio constitucional “entre los casos en que el hecho no existe como presupuesto para la aplicación de una respuesta penal porque no se ha producido o es atípico y los supuestos en que, aun existiendo un hecho penalmente relevante, no concurre conexión de autoría o participación de aquel con el mismo. E incluso tal aseveración puede extenderse a todos los casos de prisión preventiva legal sufrida en el curso de un proceso cuando éste no acaba en condena para el sometido a aquella medida si,

además como más adelante también se mantendrá, no cabe discriminar por los motivos o el grado de probanza desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española)”. En segundo lugar y dada la diferencia de naturaleza con las situaciones de error o anómalo proceder judicial que impide en la práctica la vía del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, afirma que “la diferenciación establecida en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a su ámbito indemnizatorio que discrimina entre inexistencia objetiva del hecho y el resto de los supuestos (incluida la inexistencia subjetiva y la falta de pruebas sobre el hecho o la participación en el mismo) no supera el test de igualdad constitucional”. No sólo porque carece de justificación objetiva y razonable, sino también porque “las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción no son adecuadas y proporcionadas en cuanto produce resultados especialmente gravosos o desmedidos, al quedar de facto sin el derecho a indemnización que tiene como fin operar como garantía de eficacia del derecho del artículo 17 de la Constitución Española todos los que habiendo estado sometidos a una prisión provisional lícita posteriormente reciben una sentencia absolutoria o una decisión de sobreseimiento por razones distintas a la inexistencia objetiva del hecho”.

c) En el examen de la contrariedad de los incisos cuestionados con el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española, la fiscal general del Estado parte de la proyección del derecho a la dimensión últimamente reconocida en las Sentencias de Tribunal Constitucional 8/2017 y 10/2017. En ellas se sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como regla de tratamiento, no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende y proyecta determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en ellos constituyan un corolario y un complemento del proceso penal. Así ocurriría en los procesos de resarcimiento indemnizatorio por padecimiento de prisiones provisionales regulares sin desenlace de posterior condena. Recuerda que la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 recoge esa jurisprudencia europea, que expresa que la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación es una motivación que, “sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante”. Y

que la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2017, con remisión a la anterior, afirma la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española por entender que se cuestiona la inocencia del demandante en tanto se deniega la indemnización en consideración a que el principio *in dubio pro reo*; esto es, la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal, más allá de toda duda razonable, fue el determinante de la absolución decretada en el proceso penal.

La fiscal general del Estado sostiene que los incisos cuestionados del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obligan a tener en cuenta las razones en que el juez o tribunal penal hayan fundamentado la decisión de absolución o sobreseimiento libre, con exclusión de las situaciones en que hallan causa en la aplicación del principio rector del proceso penal de presunción de inocencia; esto es, generalmente por falta de prueba suficiente o insuficiencia de la prueba practicada en la que basar la convicción plena sobre la responsabilidad criminal. Por este lado, se invocan argumentos que directa o indirectamente afectan al derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española en los procesos consecutivos al penal, “en la medida en que determina la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado”. Y de ahí concluye que tales incisos no garantizan que en los procesos consecutivos que constituyen corolario y complemento del proceso penal “se despliegue la eficacia pro futuro de los pronunciamientos penales de absolución o sobreseimiento libre decretados en aplicación del principio de presunción de inocencia y, en dicha medida, resultan lesivos y contrarios al derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española”.

8. Por providencia de 18 de junio de 2019 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Objeto de la cuestión y síntesis de posiciones

La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por posible vulneración

de los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española. El citado apartado primero del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

“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”.

El auto de planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad (Auto del Tribunal Constitucional 79/2018, de 17 de julio) considera que los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” podrían resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española), a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) y a la presunción de inocencia (24.2 de la Constitución Española), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado. En concreto, esa selección de supuestos indemnizables en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante los referido incisos “puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (artículo 17 de la Constitución Española), introduciendo diferencias irrazonables de trato por las razones de la absolución (artículo 14 de la Constitución Española) que irremediamente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (artículo 24.2 de la Constitución Española)”.

El abogado del Estado solicita la desestimación de la cuestión desde un planteamiento que vincula el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 121 de la Constitución Española y parte del amplio margen del legislador para recoger los supuestos de responsabilidad patrimonial, donde el mencionado precepto sería un caso específico de error judicial. No existe, desde tal premisa, un derecho a ser indemnizado por haber sufrido una prisión provisional regular en un proceso que no concluye con condena anclada en el derecho a la libertad, por lo que descarta que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial lesione el artículo 17 de la Constitución Española. La incompatibilidad del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 24.2 de la Constitución Española, en su caso, afectaría a la aplicación del precepto y no al tenor del mismo, que no incide en la presunción de inocencia. Respecto a la cuestionada oposición al artículo 14 de la Constitución Española, sostiene

que la diferencia de tratamiento entre los supuestos de prisión provisional no seguida de condena atañe a supuestos no comparables de inexistencia del hecho y de otro tipo y, en todo caso, resulta razonable dentro del amplio margen del que dispone el legislador conforme al artículo 121 de la Constitución Española, sobre todo por la posibilidad de canalizar los casos no incluidos en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la vía del error judicial del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Fiscal General del Estado solicita la estimación de la cuestión desde el entendimiento de que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atañe a situaciones de prisión preventiva legal no seguidas de condena y no a casos de error judicial, en las que el artículo 17 de la Constitución Española se ve concernido y exige la indemnización como compensación del sacrificio de la libertad que se impone. Desde esa comprensión del fundamento constitucional del derecho indemnizatorio, reputa contrario al artículo 17 de la Constitución Española e irrazonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución Española la restricción del espectro indemnizable que introducen los incisos cuestionados del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La parquedad del precepto es insuficiente desde la precisa contribución a la eficacia de la garantía del derecho a la libertad que impone el artículo 17 de la Constitución Española. Los supuestos de inexistencia objetiva, inexistencia subjetiva y falta de prueba como motivos para absolver o sobreseer son análogos desde tal perspectiva constitucional, sin que las consecuencias de la distinción sean proporcionadas, pues la exclusión del ámbito aplicativo del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conduce a la imposibilidad de indemnizar por no ser operativo el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referido al error judicial, inaplicable en casos de prisión preventiva legítima. Por último, advierte que el déficit de calidad del precepto conduce a una dependencia de las razones que sustentan la resolución penal materialmente absolutoria, de modo que obliga a discriminar entre ellas de forma contraria a las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española como regla de tratamiento con efectos en los procesos posteriores y complementarios del proceso penal.

2. Contexto normativo y evolución jurisprudencial

La apretada síntesis de las posiciones defendidas en torno a la constitucionalidad de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial y su exposición más detallada en los antecedentes, con continuas remisiones a la regulación concernida así como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a su recepción en la de este Tribunal, evidencian la necesidad de iniciar el examen de la presente cuestión de inconstitucionalidad con un repaso del contexto normativo y de la doctrina jurisprudencial sobre la indemnización por prisión provisional.

El ordenamiento jurídico español contiene un único precepto específico al respecto, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual:

“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”.

Ese precepto se enmarca en el Título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo la rúbrica “De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, que se inaugura con el reconocimiento en el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del derecho a una indemnización a cargo del Estado por los daños causados por error judicial o como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El artículo 293 recoge el procedimiento para reclamar la indemnización por error judicial o funcionamiento anormal, que se articula mediante una petición directamente dirigida al Ministerio de Justicia (artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), si bien en el caso del error judicial (artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) exige una decisión judicial previa del Tribunal Supremo que expresamente lo reconozca. El procedimiento para encauzar la petición indemnizatoria por prisión provisional del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el previsto en el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; esto es, no requiere la previa declaración de error judicial.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha entendido que el citado Título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituye un desarrollo legislativo del artículo 121 de la Constitución Española, cuya dicción prácticamente reproduce el artículo 292.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En particular, ha considerado que la previsión del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atiende a un supuesto específico de error judicial evidenciado en el proceso penal, por lo que no es precisa la previa declaración judicial en tal sentido (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1989). Ese entendimiento está detrás de la interpretación jurisprudencial del texto legal hasta el año 2010, en la que se identificaba la “inexistencia del hecho imputado” como la acreditada no producción del suceso o su falta de tipicidad –inexistencia objetiva del hecho–, pero también con la probada falta de participación del sujeto –inexistencia subjetiva del hecho–, a la que se asimila la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal. Por el contrario, conforme a esa comprensión, no estarían incluidos en el ámbito aplicativo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los supuestos de falta de prueba suficiente, determinantes de la absolución por exigencia del derecho a la presunción de inocencia y el estándar probatorio que impone la superación de toda duda razonable. Todos estos extremos deben inferirse de un examen de conjunto de la resolución penal. Esta interpretación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que equipara los supuestos de probada inexistencia objetiva y subjetiva del hecho al tiempo que excluye los supuestos de no condena por la falta o insuficiencia de la prueba, fue sancionada desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución Española por la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992, de 22 de junio, FJ 2. Desde el supuesto con que opera el Tribunal Supremo de que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla supuestos de prisión preventiva acordada con error judicial en tanto está probada la inocencia del acusado, se argumenta que ese es el caso cuando hay “prueba positiva del hecho negativo –no existencia del hecho o no participación del acusado–”, pero no “cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente”, esto es, en caso de “ausencia de prueba de un hecho positivo –existencia del hecho o participación del acusado–”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo modificó en el año 2010 la anterior interpretación teleológica en atención a la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, y de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam*

c. España. En esas resoluciones se condenó a España por vulneración de la eficacia extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia al denegar la indemnización prevista en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por deberse la absolución a la falta de prueba de la autoría y no a la probada falta de participación en los hechos. A juicio de la corte de Estrasburgo, la distinción a efectos de indemnizar entre la absolución por quedar probada la no participación en los hechos y la debida a la falta de prueba de la participación desconoce la previa absolución del acusado, que debe ser respetada por toda autoridad judicial por mandato del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En dos sentencias de 23 de noviembre de 2010, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, desde la doble premisa de que el legislador no quiso indemnizar todo supuesto de absolución en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como tampoco lo exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el Convenio sí prohíbe establecer distinciones entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia, opta por limitar el ámbito del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho y reconducir los encuadrados en la inexistencia subjetiva a la vía del error judicial articulada en el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esa doctrina del Tribunal Supremo fue censurada en las Sentencias de Tribunal Constitucional 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, por entender que perpetúa el problema de la diferenciación vedada por el derecho a la presunción de inocencia en su comprensión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre la absolución por acreditada inexistencia del hecho y por falta de prueba de su existencia, si bien la limita a los supuestos de inexistencia objetiva, que son los únicos que el Tribunal Supremo sitúa ahora en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esa comprensión se resume en los párrafos 39 y 40 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, que reproduce la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 (FJ 7). En aplicación de tal doctrina, este Tribunal argumentó que “la consideración que se efectúa sobre que ‘la absolución sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)’, derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conduce a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia

a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia” (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, FJ 7).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 ordenó la retroacción de las actuaciones para que el Tribunal Supremo resolviera de nuevo sobre la solicitud de indemnización de forma respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, sin sembrar dudas sobre la culpabilidad del recurrente. Sin embargo, la Sala Tercera, por Sentencia del Tribunal Supremo 2862/2017, de 12 de julio, recurso 2360/2011, reiteró la denegación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la absolución no obedecía al estricto supuesto legal del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de inexistencia objetiva del hecho (o de atipicidad del mismo). A juicio del Tribunal Supremo, por más que el recurso mantenga que el delito no existió, de modo que concurre inexistencia objetiva del hecho, la sentencia de instancia declaró que el recurrente fue absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*, que es algo distinto, sin que quepa reinterpretar los hechos declarados probados en la sentencia penal dándoles un sentido distinto acorde con ese supuesto (FD 6º). En consecuencia, se desestima el recurso de casación y no se indemniza, ya que no confluye el presupuesto legal de inexistencia del hecho imputado.

Esbozado el contexto normativo y jurisprudencial en el que se plantea la presente cuestión interna de inconstitucionalidad corresponde abordar ya las dudas de constitucionalidad planteadas, para lo que se empezará por las relativas al artículo 14 de la Constitución Española. Su análisis obligará a precisar el sentido de la indemnización por prisión provisional previsto en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluida su conexión con el derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), pues la fijación de la finalidad de la norma constituye un *prius* lógico para decidir sobre la constitucionalidad de la discriminación normativa introducida por los incisos cuestionados. Más al margen de esa trabazón teleológica, pero con incidencia en su valoración, se sitúa el enjuiciamiento constitucional de la compatibilidad de la selección de supuestos indemnizables con el derecho a la presunción de inocencia, que se afrontará a continuación.

3. Delimitación del supuesto concernido: prisión provisional legítima

Antes de entrar al fondo del asunto, resulta pertinente fijar con precisión cuáles son las situaciones de privación de libertad concernidas y la dimensión indemnizatoria del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al objeto de efectuar correctamente el juicio de igualdad. Desde un principio esas situaciones vienen acotadas a las prisiones adoptadas en el marco de un procedimiento penal con carácter cautelar y de acuerdo con las exigencias constitucionales y legales para decretarlas. El auto de planteamiento de la presente cuestión ya destacó que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituye una previsión normativa específica que permite indemnizar supuestos de prisión preventiva legítima, caracterización en la que han coincidido tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado. Esas situaciones de prisión provisional constitucionalmente legítimas obedecen a decisiones judiciales irreprochables, adecuadas en tanto se dan los presupuestos y requisitos para adoptar la medida cautelar en el proceso penal. No existe, pues, ni error del órgano judicial que acuerda la prisión preventiva ni funcionamiento anormal en su comprensión habitual.

A esa caracterización no obsta el dato de que posteriormente el imputado en prisión provisional resulte absuelto o ni siquiera sea finalmente acusado y enjuiciado (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4). La corrección de la medida debe evaluarse sobre la base de lo conocido por el juez en el momento de su adopción, del mismo modo que en la obligada revisión sucesiva sobre el mantenimiento de la prisión deben integrarse los datos nuevos que se vayan conociendo, actualizándose las bases del juicio y los criterios para decidir sobre su pertinencia (en tal sentido, por ejemplo, Sentencias de Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10; 79/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2014, asunto *Olgar Mammadov c. Azerbaiyán*, § 90; de 28 de octubre de 2014, asunto *Urtäns c. Letonia*, § 29-30, 32). No puede enjuiciarse *ex post* la corrección de la decisión judicial de acordar la prisión, introduciendo circunstancias que no existían en el momento de su adopción, como el sobreseimiento o la absolución; pero tampoco elementos que, aunque existentes, fueran de imposible conocimiento entonces por el juez, como, por ejemplo, circunstancias fácticas averiguadas después y que

conducen a la falta de condena. El ajuste constitucional inicial de la medida cautelar así evaluada no se altera por la aparición o el conocimiento ulterior de elementos relevantes para el proceso penal en general y para la decisión de privar cautelarmente de libertad en particular.

Así se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando resalta que la efectiva existencia de indicios racionales de que la persona puede haber estado involucrada en la comisión de un delito, y con ello la licitud de la medida, no se pone en cuestión porque posteriormente ni siquiera exista una acusación formal o una condena, sin perjuicio de que su persistencia es condición de legalidad del mantenimiento de la privación de libertad (con ulteriores referencias, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de abril de 2000, asunto *Labita c. Italia*, §§ 153, 155, y de 22 de diciembre de 2004, asunto *Iliev c. Bulgaria*, § 40).

También en estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo al examinar precisamente las demandas de error judicial por prisión preventiva planteadas por la vía procedimental del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto lo ha hecho la Sala Segunda de ese Tribunal en tanto que órgano competente en la jurisdicción ordinaria para apreciar la existencia de errores judiciales en el orden jurídico-penal. Desde la inteligencia habitual del error judicial indemnizable como “un error esencial que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene de esa realidad”, la Sala Segunda aclara que “la impertinencia de la prisión preventiva, para considerarse incurso en error, debe examinarse desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo en cuenta los elementos en los que se basó la decisión judicial. No basta, pues, con la existencia de una situación de prisión preventiva que no haya sido seguida de una condena por tiempo, al menos, equivalente al ya sufrido en privación de libertad. Es preciso, por el contrario, acreditar que las razones que se tuvieron en cuenta ya eran entonces totalmente erróneas o claramente insuficientes para adoptar tal medida” (Autos del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014 y de 21 de abril de 2015).

Las anteriores afirmaciones se proyectan en el supuesto de responsabilidad patrimonial contemplado en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que proclama el derecho a ser indemnizado por los perjuicios irrogados de quien, después de haber sufrido prisión preventiva, sea absuelto o haya visto sobreesido el procedimiento por inexistencia del hecho

imputado. Esa decisión final no condenatoria no obsta a la legitimidad de la medida en el momento de su adopción, lo que determina que estos supuestos de prisión no seguida de condena sean supuestos de prisión legal, que en ocasiones se han denominado de “prisión preventiva indebida” o “injusta”, pero que se apartan en todo caso del concepto general de error judicial. Por más que se trate de un concepto jurídico indeterminado que debe ser concretado por los órganos judiciales ordinarios (Sentencias de Tribunal Constitucional 325/1994, FJ 4, y 8/2017, FJ 4; Autos del Tribunal Constitucional 49/2000, FJ 3, y 220/2001, FJ 2), el supuesto del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mucho más preciso que la referencia genérica a un error judicial, no responde a una situación de equivocación flagrante, de error palmario, patente y manifiesto con que el Tribunal Supremo ha ido identificando el concepto de error judicial (Auto del Tribunal Constitucional 49/2000, de 16 de febrero, FJ 3), lo que explica que, por contraste, hable de “error objetivo” determinado a posteriori para identificar la situación.

En estas hipótesis de prisión preventiva lícita, donde no se cuestiona la corrección de la prisión provisional acordada ni de las condiciones de su cumplimiento, el fundamento de la compensación dispuesta en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede reconducirse estrictamente a la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito de la Administración de Justicia del artículo 121 de la Constitución Española, pues no existe una prisión preventiva erróneamente acordada por el Juez ni es necesariamente fruto de un genérico funcionamiento anormal. Tampoco reside la finalidad del precepto en satisfacer las exigencias indemnizatorias que el artículo 5.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone en la interpretación del artículo 17 de la Constitución Española, conforme al artículo 10.2 de la Constitución Española, para prisiones ilegales y arbitrarias.

Deben dilucidarse todavía las razones a que obedece un sistema legal indemnizatorio para prisiones provisionales constitucionalmente adecuadas sin ulterior condena.

4. Doctrina constitucional: resoluciones relevantes y alcance limitado de los pronunciamientos

Este Tribunal se ha pronunciado sobre la finalidad que persigue la previsión indemnizatoria del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judi-

cial, como han recordado los intervinientes en este proceso constitucional, aunque lo ha hecho de forma puntual. Al respecto es obligado efectuar algunas observaciones.

Un auto de Sección, el Auto del Tribunal Constitucional 145/1998, de 22 de junio, constituye el único pronunciamiento expreso negativo sobre la incidencia de una resolución denegatoria de la indemnización por prisión provisional seguida de sobreseimiento en el derecho a la libertad. En aquella ocasión se denunciaba la lesión de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española en conexión con el artículo 17.1 de la Constitución Española. El Tribunal descartó de forma principal la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, que el recurrente atribuía a la interpretación judicial del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que condujo a denegar la indemnización por los días que había estado en prisión por unas diligencias que luego se archivaron. Sobre la infracción del artículo 17 de la Constitución Española, el auto se limita a acoger el razonamiento del Ministerio Fiscal de que la decisión denegatoria de la indemnización “en nada incide en la situación de libertad del demandante de amparo ni implica su privación o restricción” (FJ 3). También descarta la lesión del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española desde la premisa de que ese derecho no atañe a resoluciones administrativas o judiciales no sancionadoras como son las relativas a la responsabilidad patrimonial (FJ 3).

Con mayor detalle, este Tribunal se ha referido a la razón de ser de la indemnización que nos ocupa en la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, de 19 de enero, que precisamente ha admitido, frente al auto referido, que las resoluciones denegatorias de la indemnización pueden lesionar el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española, interpretado conforme a la jurisprudencia de Estrasburgo. El fundamento quinto de la sentencia sirvió para recordar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la indemnizabilidad de la prisión provisional por la vía del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien desde la perspectiva señalada del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española y no desde el problema de su fundamento. En ese contexto expositivo, se destacó que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que

el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución (...). De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haya declarado que nuestro sistema normativo ‘no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio’ [Sentencias de Tribunal Supremo de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015)]”. Con carácter previo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 (FJ 4) realiza unas consideraciones introductorias en las que manifiesta que el artículo 121 de la Constitución Española enuncia un derecho de configuración legal desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial al distinguir, a los efectos que aquí interesan, entre la responsabilidad patrimonial por error judicial (artículo 293) y por prisión preventiva (artículo 294), categorías que se concretan, en el plano de la legalidad, por los jueces y tribunales (Sentencia del Tribunal Constitucional 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, y Autos del Tribunal Constitucional 49/2000, de 16 de febrero, FJ 3, y 220/2001, de 18 de julio, FJ 2).

A esas dos resoluciones, cabe añadir la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992, de 22 de junio, y el Auto del Tribunal Constitucional 220/2001, de 18 de julio, que se centraron en aspectos relacionados con la interpretación y el ámbito aplicativo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992 analizó en su fundamento segundo la interpretación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sostenida en aquel momento por el Tribunal Supremo, que incluía los supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva del hecho –probada ausencia del hecho o de participación en el mismo–, pero no los de absolución por falta de pruebas, para avalarla desde la perspectiva del derecho a la igualdad y cuestionar una posible interpretación restrictiva que excluyera del ámbito de indemnización los supuestos de probada inexistencia subjetiva. A tal conclusión llegó desde la premisa de que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme a su comprensión por el Tribunal Supremo, contempla supuestos de error judicial objetivo, caracterizados por la prueba de un hecho negativo: la no existencia del hecho o la no participación del acusado en él, a los que se dispensa un trato normativo particular que supone una vía procedimental simplificada. De su

lado, el Auto del Tribunal Constitucional 220/2001 atendió a un supuesto distinto al que nos ocupa, de indemnización por la prisión sufrida en virtud de condena firme posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional. Era el *caso Puig Panella*, que luego condujo a la condena de España por Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, donde la aplicación *sui generis* del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial generó la discusión sobre el concepto de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, fijado por la legalidad ordinaria, y no sobre el posible fundamento de esa reparación por prisión provisional.

En resumen, la posición del Tribunal sobre el sentido de la previsión legal indemnizatoria que nos ocupa se ha limitado a explicitar, por remisión a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ni el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni ningún otro precepto del Convenio imponen que la prisión preventiva legal deba indemnizarse obligatoriamente siempre que vaya seguida de absolución. En conexión con esa idea, el Tribunal Supremo sostuvo que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no implica una respuesta indemnizatoria automática en los supuestos de prisión preventiva legítima seguida de archivo o absolución. En esas coordenadas, este Tribunal ha compartido con la Sala Tercera del Tribunal Supremo el entendimiento del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como proyección del artículo 121 de la Constitución Española, caracterizando el supuesto indemnizable, que recoge determinados casos de prisión provisional no seguida de condena, sin embargo, como un supuesto distinto del supuesto general de error judicial.

En relación con las anteriores declaraciones, corresponde hacer dos precisiones a partir de las características de la situación de privación de libertad concernida y consecuente eficacia indemnizatoria del precepto. En consonancia con lo mantenido por la fiscal general del Estado, debe insistirse en rechazar que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atienda de principio a un supuesto al uso de error judicial, por no acomodarse a tal concepto la prisión provisional acordada en una resolución judicial conforme a Derecho en el momento de adoptarse, aun cuando luego siga un desenlace absolutorio o de sobreseimiento por la inexistencia del hecho. Hay que subrayar, en segundo lugar, que el hecho de que la compensación no sea automática en todo supuesto de prisión preventiva legítima no seguida de condena es un escenario plausible y acorde con el

panorama aplicativo habitual en los países de nuestro entorno, donde tampoco se contempla una práctica indemnizatoria mecánica y sin excepciones por la privación de libertad en un proceso penal no seguida de condena más allá de las diferencias regulativas existentes. Sin embargo, esa constatación no informa sobre el sentido del precepto. A la luz de lo referido, no existe un pronunciamiento concluyente de este Tribunal sobre la finalidad perseguida por el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al articular una indemnización por prisión preventiva lícita, cuestión sobre la que debe avanzarse.

5. Finalidad del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: compensación del sacrificio especial en aras del interés general

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985 se limita a señalar en su apartado IX que “se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable”. Nada dice sobre los motivos que han llevado al legislador a incluir en el Título V (“De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”) una disposición indemnizatoria adicional, específica y única, para los daños derivados de una prisión preventiva (artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), precisamente tras regular el derecho a una indemnización por los daños causados por error judicial o funcionamiento anormal y el procedimiento para reclamar al respecto (artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Ante ese silencio, debe volverse la mirada al contenido del precepto y a su relación con el resto de previsiones legales.

El artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone el derecho a ser indemnizado por los perjuicios irrogados por haber sufrido prisión preventiva de quienes fueron absueltos o cuya causa se sobreseyó libremente por inexistencia del hecho imputado. En su cuantificación se atiende tanto al tiempo de privación de libertad como a las consecuencias personales y familiares producidas (artículo 294.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). A tenor de la especificidad y la configuración del precepto, el sentido de la previsión legal de indemnizar en supuestos de adopción

legal de la medida solo puede explicarse por la singularidad del derecho involucrado y de la injerencia que supone la prisión preventiva, con efectos sumamente gravosos para el ciudadano.

Debe recordarse que la prisión provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del artículo 17.1 de la Constitución Española, que se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1982, de 2 de julio, FJ 2) y que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5). Su presupuesto constitucional es la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva, y su objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de tal medida [Sentencias de Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 b) y c)]. En concreto, esas finalidades se identifican, con carácter general, con “la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, FJ 3).

Frente a esos intereses, el sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta un carácter afflictivo extraordinario que el legislador ha tenido presente. Esa penosidad se debe, en primer lugar, a la entidad del derecho afectado, con un significado prevalente en tanto que presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales [Sentencias de Tribunal Constitucional 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 6; 29/2019, FJ 3 a)]. En estrecha relación con ese significado se presentan las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella; por ejemplo, en los ámbitos familiar, social o laboral. El sacrificio que se impone al ciudadano no se limita a la estricta restricción del derecho a la libertad ambulatoria. Como ocurre con la pena de prisión, con cuyo contenido material coincide básicamente la medida cautelar homónima (Sentencias de Tribunal Constitucional 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 128/1995, FJ 3; 26/2015, FJ 5), su ejecución incide

en la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1987, de 3 de junio, FJ 2) y afecta al desenvolvimiento de la mayor parte de los derechos fundamentales y, singularmente, de los derechos de la personalidad, con los que puede entrar en conflicto, todo ello en las coordenadas con que el artículo 25.2 de la Constitución Española dibuja el estatuto jurídico de las personas en prisión (ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero, FJ 6). Pero, además, la singular gravedad del sacrificio se debe también a las particularidades legales de la institución y a su contexto de aplicación. En nuestro ordenamiento procesal penal (artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se contempla un límite de dos años a la duración de la medida cuando se acuerde por riesgo de fuga o de reiteración delictiva y el delito investigado tenga señalada pena privativa de libertad superior a tres años. Esa extensión puede alcanzar los cuatro años cuando no sea posible enjuiciar la causa en tal plazo, con una duración equiparable a la de las penas de prisión calificadas de menos graves en el artículo 33.3.a) Código Penal (tres meses a cinco años). Una extensión, ordinaria o extraordinaria, en fin, que no es en absoluto descartable habida cuenta de la posible duración de los procesos penales en nuestro país. Concurrencia de circunstancias –larga duración del proceso y extensa previsión legal– a la que debe atenderse al definir la dimensión del sacrificio y del daño, legítimamente impuestos por el Estado.

En este contexto de justificación por el interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme dispone el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, va unido a un derecho a ser indemnizado en el caso de la prisión provisional, no en otros casos de injerencia, en atención a la especialidad del daño sufrido en aras del interés público prevalente que encarna el buen fin del proceso y, en último término, el aseguramiento o eficacia del ejercicio del mencionado *ius puniendi*.

Hemos reiterado en relación con el derecho a la libertad que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución Española), sino además un derecho fundamental (artículo 17 de la Constitución Española), cuya

trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el artículo 17.1 de la Constitución Española: ‘nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley’. En palabras de las Sentencias de Tribunal Constitucional 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), “el derecho a la libertad del artículo 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo ‘en los casos y en la forma previstos por la Ley’” (Sentencias de Tribunal Constitucional 82/2003, FJ 4, 29/2008, FJ 7). Entre esas posibilidades constitucionales excepcionales de privar legítimamente de libertad deambulatoria destaca la figura de la prisión provisional, cuya legitimidad final dependerá de que se adopte sobre la base de una motivación razonable, esto es, “cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego –la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro– a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como ‘una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines’ referidos” (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, FJ 3, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, FJ 3). Es en conexión con la justificación de la prisión provisional por el interés general en detrimento del derecho individual donde se impone una compensación del sacrificio soportado por el ciudadano finalmente absuelto o cuya causa se sobreseyó.

No puede olvidarse que, en el caso paradigmático en el que la prisión provisional va seguida de una condena del sujeto que la padeció, opera un mecanismo de compensación. El Código Penal contempla en su artículo 58 el abono del período de prisión preventiva sufrido en la pena efectiva de prisión a que se condena e, incluso, que pueda realizarse en causa distinta de aquella en la que se decretó. A su vez, el artículo 59 Código Penal dispone que, si la pena finalmente impuesta es de distinta naturaleza a la medida cautelar sufrida –por ejemplo, una pena de multa tras haber estado

el condenado en prisión provisional–, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada. Sin embargo y como es obvio, las diferencias entre los elementos integrantes de la valoración para decidir sobre la adopción de la medida cautelar personal y el enjuiciamiento sobre la acusación para condenar o absolver, o incluso la decisión previa de continuar el proceso, aboca a la existencia de “falsos positivos”, esto es, de sujetos privados cautelarmente de libertad en el marco de un proceso penal que finalmente no son enjuiciados o no son condenados. De nuevo hay que recordar que “la decisión sobre la prisión provisional del imputado constituye una decisión que se adopta en una situación de necesidad en la que están en juego distintos bienes y derechos constitucionales y en un contexto de incertidumbre acerca de la responsabilidad penal de la persona sobre cuya privación de libertad se discute. En tales circunstancias la legitimación constitucional de la medida sólo exige que recaiga ‘en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad’, donde concurren en el afectado ‘sospechas razonables de responsabilidad criminal’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, FFJJ 3 y 4). Por lo demás, esta apreciación de una cierta probabilidad de responsabilidad penal no necesariamente se sustentará en los elementos de prueba disponibles para el enjuiciamiento de fondo de la causa, por lo que resulta posible que, como ahora es el caso, a una medida de prisión provisional adoptada de un modo constitucionalmente irreprochable pueda seguir una Sentencia absolutoria de quien sufrió la medida” (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2007, FJ 4). En estas situaciones de asimetría, el legislador ha dispuesto una compensación del daño a través de una indemnización, resarcimiento que este Tribunal ha considerado, además, vía adecuada de protección de los derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, FJ 8; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 105/2004, de 8 de junio, FJ 3; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4).

En suma, la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone.

6. Derecho a la igualdad: objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y doctrina.

Como se ha expuesto en los antecedentes, se plantea como posible motivo de inconstitucionalidad de los incisos del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuestionados en este proceso la oposición al artículo 14 de la Constitución Española, en tanto la selección de supuestos indemnizables que determinan introduce diferencias arbitrarias de trato por las razones de la absolucón o el sobreseimiento. Debe considerarse si el hecho de que la indemnización se prevea para los privados provisionalmente de libertad luego absueltos o cuya causa se sobreseyó “por inexistencia del hecho imputado” y no a los que lo fueron por otra causa es contrario al derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española). Para el abogado del Estado, no existe tal contradicción desde la cobertura del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 121 de la Constitución Española, dado que no son comparables todos los supuestos de absolución y, singularmente, los supuestos de falta de acreditación de la participación en el hecho punible con los de inexistencia del hecho. Y, aun así, la diferencia de tratamiento ser a procesal y, por ello, no desproporcionada, en tanto los casos de inexistencia subjetiva del hecho e, incluso, los de falta de prueba de la participación se canalizan por la vía del error judicial. La fiscal general del Estado, por el contrario, entiende que los incisos cuestionados introducen un trato diferenciado que “carece de justificación objetiva y razonable y conduce a consecuencias desproporcionadas por comportar resultados excesivamente gravosos”, afirmación que entronca con su defensa de un deber constitucional de indemnizar el sacrificio impuesto al ciudadano.

Record bamos no hace mucho que “este Tribunal tiene declarado—desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del artículo 14 de la Constitución Española, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Ser a además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las con-

secuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, y 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6, entre otras muchas)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, FJ 4). Formulada la idea más sintéticamente, “el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución Española impone al legislador, con carácter general, el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación” (Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4).

El repaso de la doctrina concernida obliga a tener presente que lo propio del juicio de igualdad –como recuerda la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, FJ 7– “es su carácter relacional. Por ello requiere como presupuesto obligado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas”. Por otra parte, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato que se discute (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Constitucional 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 181/2000, de 29 de junio, FJ 10; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; 125/2003, de 19 de junio, FJ 4, y 75/2011, FJ 6)”.

Debe determinarse aquí si la diferencia de trato indemnizatorio que establecen los incisos cuestionados del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entre quienes, después de haber sufrido prisión provisional, resultan absueltos o cuya causa se sobresee por inexistencia del hecho imputado y aquellos cuya absolución o sobreseimiento tras la prisión preventiva se debe a otras razones responde a una finalidad objetivamente justificada y razonable y resulta proporcionada. Cabe puntualizar que, en este análisis en las coordenadas y conforme a la lógica del artículo 14 de

la Constitución Española, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si el precepto debe o no existir o, más en general, sobre si es constitucionalmente obligada una previsión indemnizatoria, sino una labor más acotada. Dada la existencia de la disposición legal previsor de un mecanismo indemnizatorio, este Tribunal debe examinar si la concreta decisión del legislador introduce diferencias injustificadas, irrazonables o desproporcionadas entre situaciones equiparables.

7. Finalidad de la norma, sistema normativo de indemnización y falta de una justificación objetiva y razonable de la distinción, que resulta desproporcionada (I)

Los incisos controvertidos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hacen depender el derecho a la indemnización de la razón por la que se absolvió o se sobreseyó, que debe ser la inexistencia del hecho imputado, interpretada en la actualidad como probada falta del hecho típico, bien por su ausencia material bien por su atipicidad –inexistencia objetiva–. Ese requisito excluye del ámbito aplicativo del precepto los supuestos de no condena por otros motivos, singularmente por probada falta de participación en los hechos –inexistencia subjetiva en sentido estricto–, pero también las absoluciones o terminaciones anticipadas del procedimiento penal por falta de pruebas para condenar, tanto respecto al hecho como respecto a la intervención del sujeto, o por otras razones, como puede ser la concurrencia de una causa de justificación. Desde la perspectiva general de la cláusula de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, el enjuiciamiento de la exigencia adicional a la absolución o el sobreseimiento libre de quien estuvo privado cautelarmente de libertad para ser indemnizado conduce, en primer término, a indagar sobre la existencia de una justificación objetiva y razonable conforme a la finalidad de la norma.

Ya la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992 apuntó la igualdad sustancial de los supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva del hecho imputado, aun cuando el razonamiento se efectuó desde la visión de la norma –defendida por el Tribunal Supremo– como desarrollo del artículo 121 de la Constitución Española en su modalidad de error judicial (FJ 2). De cualquier manera, lo hizo desde el *prius* lógico de que las personas que resultan absueltas o cuya causa se sobresee después de haber sido privadas preventivamente de libertad en un proceso

penal dibujan situaciones subjetivas inicialmente homogéneas y comparables desde la perspectiva de la resarcibilidad de los daños irrogados por la medida cautelar personal. Desde esa premisa, pero ya en las coordenadas teleológicas más precisas en que hemos localizado el precepto con anterioridad, esto es, como mecanismo de compensación del sacrificio legítimo de libertad y no como indemnización de una prisión defectuosamente acordada, no se alcanza una justificación objetiva y razonable para excluir los supuestos de acreditada no participación en los hechos. Incluso si el ámbito indemnizable fijado por el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la referencia a la “inexistencia del hecho imputado” se extiende tanto a la inexistencia objetiva del hecho como a la subjetiva, no resulta razonablemente justificado con la sola base de la finalidad indemnizatoria de la norma excluir los supuestos de absolución o de sobreseimiento por insuficiencia de la prueba de cargo, atañe dicha insuficiencia al hecho o a la participación. En un sentido análogo, la lectura de los supuestos de inexistencia del hecho imputado como traducción de la prueba de la inocencia del sujeto deja fuera los casos en que la ausencia de condena se debe a que se aprecia una causa de justificación, esto es, de los supuestos en los que el comportamiento del sujeto es conforme a Derecho.

Valga recordar de nuevo que el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atiende de forma genérica al resarcimiento de los daños con origen en un error judicial o en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, donde no son incardinables situaciones de privación correcta de libertad, ajenas a todo error o funcionamiento anormal al uso. El artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo, recoge el derecho a la indemnización de los daños a resultas de una prisión provisional legal a la que no sigue una condena, de modo que se compensa el daño causado por la privación de la libertad impuesta al ciudadano por los poderes públicos en aras de asegurar el proceso penal. Esa *ratio*, como se expuso, atiende a la existencia de un sacrificio efectivo de especial intensidad en atención a las características de la injerencia. Ciertamente, en la definición del mecanismo reparador el legislador tiene amplio margen sobre la competencia y el tipo de procedimiento para dirimir su aplicación y, en general, sobre multitud de cuestiones del régimen indemnizatorio. Así, por ejemplo, respecto a aspectos cuantitativos, como la decisión de optar o no por establecer una cantidad fija por cada día pasado en prisión, como en países de nuestro entorno (son los 25 euros en Alemania o entre 20 y 50 euros en Austria) o de ofrecer criterios adicionales o alternativos de

evaluación del daño, como aquellos establecidos ya por el Tribunal Supremo para orientar las decisiones de indemnizar los perjuicios fruto de una privación de libertad. O podrá fijar aspectos cualitativos, como la concreción de un umbral mínimo del sacrificio indemnizable o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención, esencialmente, al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar, operando conforme a los requisitos generales de la responsabilidad: daño individual económicamente evaluable fruto de un sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho y a cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado.

Todo ello, no obstante, sin perder de vista que la finalidad del precepto legal estriba en compensar el daño fruto de la privación de libertad en tanto que sacrificio de especial intensidad. Situación indemnizable típica que atiende a la existencia de un particular sacrificio fruto de la aplicación de la medida cautelar y, por ello, no depende de los motivos del resultado sobre el fondo de la imputación ventilado en el proceso penal, en cuya consideración deben respetarse, además, las exigencias del derecho a la presunción de inocencia según la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se aludió en el fundamento dos. En definitiva, la averiguación de si concurre el supuesto indemnizable solo es posible cuando el proceso ha culminado y su modulación debe atender a las razones de la adopción y el mantenimiento de la medida, con singular importancia de la conducta del afectado. Ese cúmulo de elementos permitirá evaluar y, en su caso, descartar la indemnización del sujeto absuelto, pero no la atención exclusiva a las razones de la absolución.

A tenor de lo expuesto, desde la estricta finalidad de la previsión indemnizatoria de resarcir los extraordinarios daños fruto de la privación cautelar legítima de la libertad, resulta incomprensible circunscribir los supuestos indemnizables a aquellos en que la absolución o el sobreseimiento obedecen a la inexistencia del hecho imputado, que, además, ha debido probarse en el proceso penal. El sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente. Ninguna de las anteriores circunstancias incide y, por tanto, hace decaer la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad. Esas otras situaciones de

prisión preventiva no seguida de condena desencadenan el mismo daño. No se está manteniendo con ello que el legislador tenga vedado establecer diferenciaciones a efectos indemnizatorios en caso de absolución o sobreseimiento, sino que, la concreta diferencia de trato que introducen los incisos cuestionados, atenta a la razón de fondo de la no condena fijada en la resolución penal, es injustificada desde el sentido de la indemnización que articula el precepto. No se encuentra motivación alguna por el que no activar el mecanismo de reparación del sacrificio introducido para casos análogos.

8. Finalidad de la norma, sistema normativo de indemnización y falta de una justificación objetiva y razonable de la distinción, que resulta desproporcionada (II)

Descartada la estricta finalidad de la norma como razón que justifique el condicionamiento legal del derecho a la indemnización a que la absolución o el sobreseimiento se deba a la inexistencia del hecho imputado, cabe plantear todavía que esa exigencia se justifique por introducir elementos de certeza sobre la concurrencia del supuesto indemnizable. La interpretación jurisprudencial habitual concibe este requisito como indicador de la inocencia del imputado o acusado, acreditativa de que la prisión preventiva fue erróneamente acordada. Desde el entendimiento de la previsión legal como indemnización del específico daño causado legítimamente, el requisito legal puede reconducirse al papel de indicador de la ajenidad del sujeto privado de libertad respecto al daño, con lo que se asegura el elemento constitutivo del derecho a la reparación de no haber contribuido a la producción del perjuicio indemnizable.

Sin embargo, este Tribunal no aprecia en tal razonamiento una justificación de la diferencia de trato objetiva y razonable en función del objetivo perseguido por la norma (a), con el añadido de que incurre en desproporción en sus consecuencias (b).

a) Para empezar, el requisito no puede ser entendido como indicador inequívoco de la desconexión del sujeto respecto a la privación cautelar de libertad desencadenante del daño. Supuestos de confesión infundada o de fuga por parte del investigado, por ejemplo, constituyen conductas causalmente (co)determinantes del daño que, sin embargo, no obstan a que la absolución o el sobreseimiento posterior se deba a la inexistencia del

hecho imputado. En contraste, la absolución por inexistencia subjetiva se ha considerado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1989) y por este Tribunal (Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992, FJ 2) esencialmente igual a la debida a la inexistencia objetiva desde la perspectiva de la prueba de la inocencia. En ambos casos cabría afirmar la desconexión del sujeto con el origen del daño y la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable. Es más, desde una perspectiva procesal penal, el hecho imputado no viene integrado solo por la presencia de un hecho material típico, sino que la esencia de la imputación es la atribución de ese hecho a una persona. El juez instructor tiene el deber de incoar el proceso penal en cuanto tenga conocimiento de un hecho con apariencia delictiva, aunque desconozca a su autor. Pero, si tras la instrucción no ha sido posible imputar el hecho delictivo a una persona concreta, resulta imposible un proceso penal sin imputado y debe sobreseer. De modo paralelo, si formulada acusación, no es posible atribuir el hecho al acusado como autor o partícipe de su comisión, deberá absolverse. Tan inexistente se revela a estos efectos el hecho imputado cuando se prueba la no concurrencia de un acontecimiento delictivo como cuando, existiendo, se prueba la no conexión del sujeto investigado o acusado con él. En ninguno de los dos casos puede avanzarse procesalmente hacia una condena.

Debe repararse, además, en la previsión del artículo 295 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que excluye con carácter general la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado. Se trata de un requisito autónomo y genérico al que reconducir el tratamiento de los supuestos de contribución del sujeto perjudicado a la actuación dañosa, que condiciona todo supuesto de responsabilidad patrimonial, ordinario o específico, como es el caso debatido, cuya definición e interpretación corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En suma, la exigencia de que el motivo de la absolución o del sobreseimiento sea la inexistencia del hecho tampoco se explica desde su visión como indicador de que el sujeto privado cautelarmente de libertad no ha contribuido a esa situación. Ese requisito se contempla ya en la regulación sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia como requisito autónomo y, además, su aptitud para identificar los casos de ajenidad al desencadenamiento del daño

resulta contradicha fácticamente, por lo que sería una exigencia redundante e inconsistente con su finalidad, sin que pueda justificar la diferencia de trato indemnizatorio entre distintos supuestos de no condena tras padecer prisión provisional.

b) En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre las consecuencias que tiene la controvertida diferenciación entre los supuestos de inexistencia del hecho imputado e, incluso, con otros supuestos de absolución o de sobreseimiento. Como quedó reflejado con mayor detalle en el fundamento dos, el Tribunal Supremo viene interpretando el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desde el año 2010 de una forma restrictiva, en sintonía con el significado gramatical más inmediato del precepto. Conforme a esa intelección, el supuesto de hecho legal queda reducido a la llamada inexistencia objetiva del hecho, identificada con las absoluciones o sobreseimientos debidos a que en el proceso penal ha quedado probado que no se produjo el hecho delictivo o resulta acreditada su atipicidad. Al mismo tiempo se apunta al artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como posible vía alternativa, esto es, a la vía del error judicial. Sin embargo, la selección efectuada por los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de cuestionada constitucionalidad implica en realidad la ausencia de indemnización de esos otros supuestos de prisión preventiva legítima sin ulterior condena, sustancialmente iguales desde la ratio del precepto que los de inexistencia objetiva del hecho. Y ello porque la vía del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es una vía conceptualmente inadecuada y, por ello, inútil en la práctica.

Debe insistirse de nuevo en que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sirve a la indemnización de los perjuicios originados por el sacrificio legítimo impuesto al privado cautelarmente de libertad en beneficio del interés general. Dicha legitimidad está excluida por definición de una decisión *ex ante* errónea por parte del juez que la acordó, que es justamente el presupuesto de la responsabilidad articulada por la vía del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde una perspectiva sistemática y teleológica, el legislador desarrolla el error judicial y el funcionamiento anormal por un lado –el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, con un claro vínculo con el artículo 121 de la Constitución Española, y por otro dispone un precepto distinto –el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, para recoger una responsabilidad patrimonial que tiene otra fuente, que obedece a otro título de imputación

que no exige culpa o anormalidad. La persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero activa un mecanismo solidario de reparación del sacrificio en los casos concernidos de prisión preventiva no seguida de condena. En otras palabras, la inidoneidad del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no procede solo de una consideración sistemática de la regulación legal, con una previsión específica para los daños causados por una prisión preventiva que dispone un procedimiento más sencillo para el reconocimiento de la compensación que en caso de error judicial. Procede asimismo de que el supuesto indemnizable, el requisito sustantivo o de fondo, es la privación legítima de libertad en aras del interés público prevalente, que supone un sacrificio especial no determinado por el sujeto y no una resolución judicial errónea.

En buena lógica, como ya se dijo y constata también la fiscal general del Estado con abundantes datos, la vía del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha revelado ineficaz en la práctica. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, aun consciente de la actual interpretación jurisprudencial restrictiva del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitada a los supuestos de inexistencia probada del hecho material o de atipicidad del mismo, y de la eventual procedencia del cauce del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, rechaza que esa coyuntura avale eludir los requisitos generales del error judicial (Autos del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2019, de 16 de marzo 2018, o de 3 de mayo de 2016). Esto es, deberá estarse a los estándares habituales para considerar errónea una resolución judicial, pues ese precepto contempla la indemnización de errores judiciales y no de decisiones jurisdiccionales conformes a Derecho. La prisión preventiva decretada con base en los indicios y circunstancias presentes al tiempo de su adopción, de conformidad con la Constitución y la ley, es una restricción de libertad correctamente acordada que no deviene incorrecta por la ulterior absolución o sobreseimiento y que, como decisión jurídicamente adecuada, ayuna de la arbitrariedad o la irrazonabilidad, menos aún, puede calificarse como error palmario, patente o manifiesto. La discriminación a efectos indemnizatorios establecida en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por los incisos cuestionados no solo no viene cubierta por la vía del error judicial del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que esa vía revela que la distinción es absoluta, o se tiene derecho a la indemnización o no, y no solo procedimental.

Se trata de una diferencia de trato con consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad indemnizatoria del precepto.

9. Conexión del examen de constitucionalidad desde el artículo 14 de la Constitución Española y el artículo 24.2 de la Constitución Española

La selección establecida en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por haberse probado la inexistencia del hecho y quienes lo han sido por otras razones de fondo es, además, radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados. Esa diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras del interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española).

Se vislumbra en este punto la posibilidad de ampliar el ámbito de la inexistencia del hecho imputado a la inexistencia objetiva y subjetiva del hecho como cauce interpretativo para eludir una inadmisibles diferencia de trato respecto a supuestos equiparables de prisión preventiva con posterior ausencia de condena. Sin embargo, esa vía persiste en las consecuencias desproporcionadas expuestas a que conduce la selección efectuada por los incisos cuestionados desde la perspectiva de la finalidad indemnizatoria del precepto, pues conduce a la ausencia de indemnización en cualquier otra hipótesis de no condena. Con el añadido de que articula una distinción entre prueba de la inocencia y falta de prueba de la culpabilidad de muy dudosa compatibilidad con el artículo 24.2 de la Constitución Española conforme a la doctrina de este Tribunal en atención a la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del Tribunal Constitucional 8 y 10/2017). En buena lógica y sin perder la conexión con el examen de constitucionalidad en el marco de la cláusula general del

artículo 14 de la Constitución Española, debe abordarse a continuación el posible menoscabo del artículo 24.2 de la Constitución Española por parte de los incisos cuestionados del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”.

10. Derecho a la presunción de inocencia. Aspecto que suscita las dudas de constitucionalidad y pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional

En el Auto del Tribunal Constitucional 76/2018 se planteó que la selección de supuestos indemnizables que efectúan los incisos del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuestionados suscita dudas de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento aplicable en procesos posteriores pero vinculados a un proceso penal. A juicio del abogado del Estado, sin embargo, el precepto se limita a exigir que la persona haya sido absuelta por inexistencia del hecho para reconocer la indemnización, sin arrojar dudas sobre la inocencia de la persona sometida a prisión provisional que, en su caso, procederán de la interpretación o aplicación por parte del órgano administrativo o judicial que resuelva sobre la concreta solicitud de indemnización. Por el contrario, la fiscal general del Estado estima que, en la medida en que los referidos incisos determinan que las razones o motivos de la absolución sean decisivos a efectos resarcitorios, fuerzan a manejar argumentos que directa o indirectamente afectan al derecho a la presunción de inocencia, lo que resulta vedado conforme a lo dicho por el Tribunal en su Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017.

La jurisprudencia constitucional ha venido limitando la eficacia del derecho a la presunción de inocencia a los procedimientos sancionadores (entre muchas, Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, y 70/2008, de 23 de junio, FJ 4). De forma específica se rechazó la proyección de este derecho del artículo 24.2 de la Constitución Española a los procedimientos en que se ventila la pretensión indemnizatoria por haber padecido prisión provisional (Autos del Tribunal Constitucional 145/1998, de 22 de junio, FJ 2, y 220/2001, de 18 de julio, FJ 1). Sin embargo, como ya se ha destacado en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 –y luego en la Sentencia del Tribunal Constitucional

10/2017–, este Tribunal modificó su doctrina tradicional sobre el contenido y ámbito aplicativo del derecho a la presunción de inocencia para acoger la dimensión del derecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había estimado lesionada precisamente con ocasión de procedimientos indemnizatorios por prisión provisional del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En términos generales, la finalidad de esta dimensión, que opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreesidos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –Gran Sala– de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*, § 94). El ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en esta vertiente se extiende a procesos posteriores a la absolución o archivo en los que se ventilan cuestiones que constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales, entre los que el Tribunal Europeo sitúa la vía procedimental del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reclamar al Estado una indemnización por la prisión provisional sufrida no seguida de condena (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 50; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 36, y de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, § 39).

Como precisa el tribunal de Estrasburgo (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy*, §§ 38-40) y recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, FJ 7, “se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. [...] Una vez que la absolución es firme –aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda–, conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (*Rushiti*, anteriormente citada, § 31). [...] El Tribunal apunta que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia

de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el Juez de lo penal. Muy al contrario, en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del interesado (*Allen*, anteriormente citada, § 102, *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, nº 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007). Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia (*Capeau c. Bélgica*, nº 42914/98, § 25, del Convenio Europeo de Derechos Humanos 2005-I).

El órgano de garantía del Convenio Europeo reconoce (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*) que la valoración de la afectación del derecho a la presunción de inocencia en las decisiones adoptadas en este tipo de procedimientos vinculados al proceso penal no obedece a un solo punto de vista, sino que depende de “la naturaleza y del contexto del proceso en el que fue adoptada la decisión impugnada” (§ 125). Así, admite la posibilidad de afirmar una responsabilidad civil sobre la base de los mismos hechos por las diferencias sobre la carga de la prueba, siempre que la decisión no contenga una declaración que impute responsabilidad penal al demandado (§ 123), reconociendo que es un enfoque trasladable a los asuntos que atañen a acciones por responsabilidad ante los órganos y jurisdicciones administrativos como el presente (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 44). En cambio, rechaza la posibilidad de expresar sospechas sobre la inocencia del acusado para rechazar una indemnización por los costes del proceso si existe una decisión definitiva de absolución sobre el fondo, incluida la basada en el principio *in dubio pro reo* (§§ 122 y 127). “En todos los casos sin importar el punto de vista a aplicar, el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6 § 2”, si bien se insiste en que “cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante” (§ 126 con múltiples referencias ulteriores).

A partir de tal doctrina, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concretado, en lo que aquí interesa, que, cuando se cuestionan las resoluciones denegatorias de la indemnización por prisión provisional instada por la vía del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, está “llamado a examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por los términos usados en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia y las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo han arrojado sospechas sobre la inocencia de los demandantes habiendo por ello vulnerado el principio de la presunción de inocencia” (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 54; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 38, y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 41). Como resultado de ese examen, el Tribunal ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia (artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) resoluciones administrativas y judiciales que expresaron la distinción entre la absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación. Destaca que ese razonamiento, a pesar de basarse en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que solo reconoce el derecho a la indemnización cuando se absuelve o se sobresee por ausencia de los hechos imputados, “sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante”. Concluye que en tanto “distingue entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de la comprobación de la inexistencia de hechos delictivos, ignora la previa absolución del acusado, cuya disposición debe ser respetada por todas las autoridades judiciales, cualesquiera que sean las razones dadas por el juez” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 39; también Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 55; y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, §§ 42 y 47).

Esta doctrina se tradujo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, que resolvió sobre un supuesto en que se discutía la concurrencia del presupuesto de “inexistencia objetiva” (FJ 6). Se concluyó allí que la denegación de la pretensión indemnizatoria asentada en la consideración de que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, para derivar de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo,

“vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia” (FJ 7).

11. Interpretación de los incisos cuestionados e incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia

A la luz de los anteriores pronunciamientos, no cabe duda de que la decisión sobre si se infringe la eficacia del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento con eficacia posterior al proceso penal es esencialmente contextual, siendo tal contexto el normativo-procesal indemnizatorio, que entronca con el proceso penal. En ese marco, resulta fundamental el lenguaje empleado, no solo por los términos que se elijan, sino también por los motivos y razonamientos que traduce. Desde esa perspectiva, la disyuntiva de indemnizar o no a quien padeció prisión preventiva pero no resultó después condenado es, en términos absolutos y abstractos, ajena a esta dimensión del derecho a la presunción de inocencia. Tan respetuoso del artículo 24.2 de la Constitución Española es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, FJ 5 con numerosas referencias). Si el marco normativo procesal encarna esa segunda posibilidad negadora de la indemnización, nada podrá objetarse a la decisión del legislador desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, si una vez reconocido el derecho a ser indemnizado, se hace de forma selectiva, el propio criterio de selección puede introducir dudas sobre la inocencia del procesado no condenado. En particular será así si el régimen resarcitorio discrimina entre las razones para absolver fruto de la eficacia de la presunción de inocencia como regla de juicio que opera en el proceso penal. Más precisamente, cuando se diferencia a efectos compensatorios entre la prueba de la inocencia y la falta de

prueba suficiente de la culpabilidad, que, en virtud del estándar probatorio del proceso penal, se sitúa en la superación de la duda razonable.

En el caso de la regulación fijada en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los incisos cuestionados obligan a examinar las razones en que se basa la decisión de no condenar o sobreseer en el proceso penal para identificar la concurrencia del supuesto de hecho de la norma: la inexistencia del hecho imputado. En su comprensión literal actual, limitada a la inexistencia objetiva del hecho justamente para evitar incurrir en una vulneración de la vertiente concernida del derecho a la presunción de inocencia, el precepto obliga a inferir de la resolución penal la probada no concurrencia (fenoménica o típica) del hecho delictivo para reconocer el derecho a ser indemnizado. Se diferencia entre probada inexistencia objetiva del hecho, único supuesto indemnizable, y el resto de supuestos, incluidos la falta de prueba del hecho objetivo y la inexistencia o falta de prueba de la participación. Respecto a esa delimitación, este Tribunal no ha estimado compatible con el artículo 24.2 de la Constitución Española, interpretado conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la distinción entre los supuestos de acreditada inexistencia objetiva del hecho y los de falta de prueba de su existencia material o típica (Sentencias del Tribunal Constitucional 8 y 10/2017, FFJJ 7 y 4, respectivamente). Las razones entonces dadas se toman justamente de la doctrina europea alumbrada respecto a la interpretación anterior del Tribunal Supremo, que afirma la incompatibilidad con el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de la diferencia fijada a efectos indemnizatorios entre probada inexistencia del hecho imputado, sea objetiva o subjetiva, y falta de prueba del hecho imputado, objetivo o subjetivo. Ese tipo de razonamientos a que obliga el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la interpretación restrictiva de la locución “inexistencia del hecho imputado”, por más que se limite a la existencia material o típica del hecho, reproduce la motivación censurada por el Tribunal de Estrasburgo que hicimos nuestra, *mutatis mutandis*, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 8 y 10/2017, FFJJ 7 y 4, respectivamente.

En otras palabras, tanto si se identifica la selección efectuada por la referencia a la inexistencia del hecho imputado como inexistencia objetiva como si se interpreta de forma más amplia y se da cabida también a la inexistencia subjetiva, se reproduce el esquema vetado por el artículo

24.2 de la Constitución Española de distinguir entre las absoluciones o sobreseimientos por prueba de la inocencia y por aplicación del principio de presunción de inocencia.

No obstante, se dice posible todavía una aplicación del precepto pegada a su tenor, que, según subraya el abogado del Estado, dispone la indemnización para quien fue absuelto por inexistencia del hecho, sin que esa dicción arroje dudas sobre la inocencia de quien fue privado de libertad. Debe examinarse si el precepto resulta cohonestable con esa comprensión amplia de la eficacia del derecho a la presunción de inocencia en tanto cabe una aplicación del mismo que se limite a afirmar la inviabilidad de la reclamación en el marco del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que solo comprende el supuesto de inexistencia objetiva del hecho, absteniéndose de ulteriores afirmaciones comprometidas sobre las razones de la no condena.

La respuesta debe ser de nuevo negativa. Cuando se razona que no puede reconocerse el derecho a ser indemnizado conforme al artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la medida en que el recurrente no ha sido absuelto o ha visto sobreseída su causa en razón de la inexistencia objetiva del hecho, se afirma, ciertamente, que no concurre el presupuesto legal de la inexistencia (objetiva) del hecho imputado. Pero al tiempo se introducen diferencias cualitativas entre los motivos de las decisiones materiales de absolución, por prueba de que no existió el hecho y por el resto de razones posibles vinculadas a la presunción de inocencia, que siembran dudas sobre la culpabilidad del absuelto. En tal sentido, aunque la decisión del caso argumente intencionadamente en estrictos términos de no concurrencia del supuesto de hecho de la norma, esa razón viene acompañada implícitamente de la afirmación de que se absolvió por otra, que será de ordinario la falta de prueba suficiente de la participación del sujeto en los hechos. Por más que esa afirmación se reconduzca a su dicción, el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea dudas sobre la inocencia del demandante por la falta de matices o reservas del razonamiento (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 55; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 39, y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 47). Y lo hace en términos parejos a los que desembocaron en esas previas condenas por el Tribunal de Estrasburgo, donde también se apeló al argumento de que se razonaba sobre la concurrencia de los

requisitos legales del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para el que no basta la mera absolución.

Como se destacó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, para decidir sobre si concurre o no responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional no seguida de condena no podrán utilizarse argumentos que directa o indirectamente afecten a la presunción de inocencia, entendiéndose que viola este derecho cualquier razonamiento que ponga en duda la inocencia del demandante, como el afirmar que la razón de la absolución deriva de la aplicación de los principios del proceso penal (presunción de inocencia) y no de la inexistencia del hecho delictivo. En el mismo sentido insistimos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2017, FJ 4, al sostener que, cuando las resoluciones deniegan la indemnización porque se absuelve debido a la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable, dichas resoluciones suscitan dudas sobre la inocencia del denunciante, de modo que se menosprecia el derecho del actor a la presunción de inocencia. En consonancia con las Sentencias del Tribunal Constitucional 8 y 10/2017, no es compatible con el artículo 24.2 de la Constitución Española denegar la indemnización argumentando que el entonces preso provisional fue absuelto por falta de pruebas o por aplicación del principio *in dubio pro reo*, por más que ello sirva al tiempo para sostener que no concurre el requisito legal del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de inexistencia del hecho imputado.

12. Incompatibilidad estructural de los incisos cuestionados con el derecho a la presunción de inocencia

A la luz de lo referido, no se trata de un eventual uso desafortunado del lenguaje por el operador jurídico sino, con carácter previo y determinante, del tipo de razonamiento a que obliga el tenor del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto en una interpretación restrictiva como extensiva, anclado en el examen selectivo de las razones de la absolución o el sobreseimiento tomadas de su expresión explícita o implícita en la previa resolución penal. Se excluye así la toma en consideración de otros elementos de decisión, de circunstancias relacionadas con el devenir del proceso o la conducta del reclamante, que permitan introducir los matices echados en falta en la jurisprudencia europea concernida y resolver en

equidad sobre la cuestión, en su caso, incluso de forma diversa a cómo se pronunció la jurisdicción penal con ocasión de los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 44, citando *Allen c. Reino Unido*, § 123). En último término, se vendría a exigir al reclamante que aporte prueba de su inocencia, lo que parece irrazonable y revela una violación del derecho (por todos, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de enero de 2005, asunto *Capeau c. Bélgica*, § 25) a la par que supone una exigencia de imposible cumplimiento para él. La decisión sobre la solicitud se apoya en lo fijado por el Juez penal, en cuya resolución debe haber quedado constancia de que resultó probada la inexistencia del hecho, presupuesto legal de la indemnización, sin que, sin embargo, exista un derecho a ser declarado inocente (Sentencias del Tribunal Constitucional 40/1988, de 18 de marzo, FJ 4, y 202/2000, de 24 de julio, FJ 4) ni se ofrezca al demandante la posibilidad de acreditarlo en el procedimiento indemnizatorio.

Debe también traerse aquí lo ya dicho en relación con la insostenibilidad de vincular la indemnización de los supuestos no incluidos en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ahora como vía para solventar la discriminación indemnizatoria con base en las razones de la absolución lesiva del artículo 24.2 de la Constitución Española. El artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial remite a una figura que no solo introduce diferencias procedimentales que aumentan el rigor para alcanzar la pretensión indemnizatoria, sino que presupone requisitos de fondo que no definen las situaciones de prisión indemnizable correctamente acordada, donde no existe error judicial al uso. Bajo la apariencia de remisión a un procedimiento diverso, se rechaza la indemnización de los supuestos de absolución que obedecen a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, introduciendo una diferencia irrazonable desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia entre supuestos indemnizables y no indemnizables. El problema no se puede solventar por esta vía.

La estructura del precepto aplicable, con los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esa misma causa”, que remiten a las razones ofrecidas por la resolución penal para sostener la decisión que le es propia de absolución o sobreseimiento (ajena a una eventual indemnización ulterior por la prisión provisional sufrida), obliga a argumentar de forma incompatible con la dimensión del derecho a la presunción de inocencia

(artículo 24.2 de la Constitución Española) que salvaguarda la eficacia pro futuro del previo pronunciamiento absolutorio, por lo que resultan contrarios al artículo 24.2 de la Constitución Española. En tanto no se vislumbra una interpretación del ámbito aplicativo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que no discrimine entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia, los incisos que hacen depender la indemnización de ese tipo de razonamientos conculcan el derecho a la presunción de inocencia.

13. Estimación de la cuestión interna de inconstitucionalidad y efectos

Las conclusiones expuestas en los fundamentos precedentes conducen a estimar la cuestión interna de inconstitucionalidad. Al poner en relación los problemas de constitucionalidad de la selección de supuestos indemnizables que dibujan los incisos controvertidos desde la perspectiva de los artículos 14 y 24.2 de la Constitución Española, se observa que circunscribir el ámbito aplicativo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho. Tampoco una interpretación amplia del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reconozca el derecho a ser indemnizado tanto en caso de inexistencia objetiva como subjetiva, puede eludir las objeciones de ausencia de justificación razonable de la diferencia de trato y, sobre todo, de desproporción en las consecuencias, sin que, por lo demás, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia se mitigue, al perpetuar la distinción entre absoluciones por prueba de la inocencia y falta de prueba de la culpabilidad.

Los incisos del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “*por inexistencia del hecho imputado*” y “*por esta misma causa*” reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia. La selección de supuestos indemnizables excluye otros abarcados por la finalidad de la previsión resar-

ditoria, atenta a indemnizar los daños fruto del sacrificio de la libertad de un ciudadano en aras del interés común, de modo que introduce una diferencia entre supuestos de prisión provisional no seguida de condena contraria al artículo 14 de la Constitución Española, en tanto que injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización, y conducente a resultados desproporcionados. De otro lado, en tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial “por inexistencia el hecho imputado” y “por esta misma causa”, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevarían una vulneración del derecho a la libertad.

La redacción resultante del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: “*Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios*”. Una interpretación literal del precepto así depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo hacían contrario a los artículos 14 y 24.2 de la Constitución Española. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que

afecta al *quantum* indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima).

Respecto del pronunciamiento de nulidad, procede aplicar la doctrina reiterada de este Tribunal en cuya virtud, “en supuestos como el que ahora nos ocupa y atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren debemos traer a colación, a la hora de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), al que responde la previsión contenida en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes ‘no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada’ en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales”. Más allá de ese mínimo dirigido a preservar la cosa juzgada, debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española) también reclama que –en el asunto que nos ocupa– esta declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme (en este sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8; 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; 104/2013, de 25 de abril, FJ 4; y 140/2016, de 21 de julio, FJ 14). En consecuencia, esta sentencia no permite revisar procesos fenecidos ni reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 13.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.

VOTO PARTICULAR que formulan conjuntamente los magistrados don A.N.R. y don R.E.S., en relación con la sentencia dictada en la Cuestión Interna de Inconstitucionalidad núm. 4314-2018.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de nuestros compañeros de Pleno, emitimos, de manera conjunta, este voto particular discrepante de la sentencia aprobada, que ha estimado la cuestión interna de inconstitucionalidad que formalizó el Pleno de este Tribunal por medio de Auto del Tribunal Constitucional 79/2018, de 18 de julio, respecto de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”, por oposición a los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española. Los apartados siguientes fundamentan el sentido y alcance de nuestra disidencia con el criterio mayoritario del Pleno.

I. Consideraciones preliminares

Dado que, en los antecedentes de la sentencia, aparece recogido con profusión el largo “*iter*” que ha precedido al dictado de esta resolución, nos remitiremos en su totalidad al mismo y nos limitaremos a desarrollar argumentativamente nuestra discrepancia con la fundamentación y fallo de aquélla.

Como hemos anticipado, el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad propuso la eventual contravención de los mencionados incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con los derechos fundamentales a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y a la presunción de inocencia, reconocidos, respectivamente, en los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española, si bien el primero de los expuestos ha quedado descartado en el texto definitivo aprobado por la mayoría del Pleno, que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los mismos por resultar contrarios a los dos últimos derechos, de ahí que, de modo

exclusivo, hayamos de limitar la exposición de nuestra posición discrepante al análisis de las dos infracciones constitucionales de los artículos 14 y 24.2 de la Constitución Española, que han sido apreciadas por la sentencia, sin que tengamos que pronunciarnos acerca de la posible vulneración del derecho a la libertad personal, que no ha sido tomado en consideración por el voto mayoritario del Pleno.

El punto de partida de nuestra discrepancia no arranca, sin embargo, de un contrario planteamiento inicial de la problemática constitucional debatida. Antes bien, compartimos dos aspectos esenciales de la tesis de la mayoría, aunque con posterioridad debamos llegar a una solución opuesta a la que aquella sostiene.

En efecto, los puntos de coincidencia con los planteamientos de la mayoría son dos:

a) En primer lugar, que el supuesto indemnizatorio regulado en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene fundamento constitucional. Antes bien, con las matizaciones que, a continuación, señalaremos, no rebasa el ámbito de la mera configuración legal, o dicho de otro modo, el legislador dispone de libertad para establecer los supuestos que puedan dar lugar al derecho de resarcimiento indemnizatorio por los perjuicios derivados de la prisión provisional sufrida, así como los requisitos exigidos para hacerlo efectivo. Y, precisamente, en el ejercicio de esta libertad de configuración, ha dispuesto el establecimiento de un supuesto resarcitorio específico que es el que aparece recogido en el precepto de referencia.

A nuestro juicio, con acierto, la sentencia destaca que el derecho a ser indemnizado por prisión provisional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene su fundamento en el artículo 121 de la Constitución Española, pues, ni puede ser caracterizado su presupuesto de hecho como error judicial, ni tampoco es consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El precepto de referencia, que fue introducido en el texto definitivo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de una enmienda aprobada durante la tramitación del proyecto de ley seguido ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, ha permitido el diseño legal de un supuesto específico de carácter extraordinario que reconoce el derecho a ser resarcido de los perjuicios derivados de una situación de prisión provisional, que no tenga

conexión causal con el error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, cuando la persona hubiere resultado absuelta o recaído auto de sobreseimiento libre, con la singularidad muy relevante de no requerir el previo pronunciamiento judicial que declarara la existencia del error.

Además, como ha declarado este Tribunal (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, de 19 de enero, FJ 5), ni siquiera el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado a su artículo 6.2, entiende contrario a la presunción de inocencia, ni a ninguna “otra cláusula” el establecimiento de un régimen jurídico que excluya este supuesto resarcitorio u otro que lo limite a determinados supuestos.

No estamos, pues, ante una modalidad resarcitoria que tenga fundamento constitucional, ni tampoco la normativa convencional europea sobre derechos humanos presupone la exigencia de una cláusula legal que así lo contemple y exija a sus Estados miembros. Cada Estado es libre de incluirlo en su ordenamiento jurídico y el legislador dispone de esa libertad para determinar los presupuestos de hecho y requisitos que deban exigirse para obtener el reconocimiento indemnizatorio. La única limitación que, en todo caso, se impone a esta discrecionalidad legislativa radica en la ineludible observancia de los derechos fundamentales, en particular del derecho a la presunción de inocencia.

b) Y, en segundo término pero en estrecha conexión con la anterior consideración, hemos de compartir también la idea, desarrollada convincentemente en la sentencia, de que los supuestos de hecho a los que se ha de reconocer el derecho a indemnización por prisión provisional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son aquellos casos en que la persona sometida a esta medida cautelar lo sea en ejecución de decisiones judiciales irreprochables o, en los términos de la sentencia, en los casos de prisión “legal o legítima”, esto es, aquella adoptada por auto judicial motivado, que parta del reconocimiento del carácter excepcional de esta medida limitativa de la libertad personal, que cumpla los presupuestos y requisitos legalmente establecidos y que atienda a alguno de los fines legítimos que la norma procesal penal así prevé. Se trata, pues, de supuestos en que, como bien destaca el Fundamento Jurídico 3º de la sentencia, fue, en su momento, acordada la prisión provisional conforme a las exigencias que el artículo 17.1 de la Constitución Española y la ley proce-

sal así lo preveían. En tales casos, la medida cautelar ha sido dictada y su posterior ejecución y cumplimiento llevado a efecto con observancia de todas las exigencias y garantías que esta medida excepcional, limitativa de la libertad personal, así lo ha exigido. Sólo circunstancias sobrevenidas de la instrucción o del enjuiciamiento habrán determinado que la persona que sufrió aquella limitación de su libertad haya resultado posteriormente absuelta en sentencia, o la causa para ella haya devenido en un auto de sobreseimiento libre.

Hasta aquí llegan nuestras coincidencias y puntos de vista comunes con el planteamiento argumentativo de la sentencia. A partir de aquellas dos consideraciones iniciales, que compartimos, comienza nuestra discrepancia, que se localiza en la afirmada tesis de que los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, identificados como contrarios al derecho a la igualdad ante la ley y a la presunción de inocencia, deben ser declarados inconstitucionales y nulos.

II. Constitucionalidad del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española

1. Los Fundamentos Jurídicos 6º a 9º de la sentencia abordan, con gran despliegue argumentativo, el problema de la posible inconstitucionalidad de los dos incisos identificados del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para después llegar a una decisión estimatoria en el entendimiento de que aquellos vulneran el principio de igualdad ante la ley, sin que el legislador haya ofrecido una justificación razonable de por qué a uno de los supuestos, el de la denominada “inexistencia objetiva” del hecho se reconoce el derecho al resarcimiento indemnizatorio, mientras que al supuesto de la “inexistencia subjetiva” no se le concede tal reconocimiento por no venir expresamente contemplado.

Desde luego, como no podría ser de otra manera, hemos de partir de la común aceptación de la larga exposición doctrinal que hace la sentencia sobre el derecho a la igualdad ante la ley y la exigencia al legislador de que, a la hora de establecer una normativa reguladora sobre el reconocimiento del resarcimiento indemnizatorio por el sacrificio que supone la limitación de la libertad personal, respete, dado el carácter relacional de la igualdad, el derecho a ser tratadas por igual aquellas situaciones que sean efectiva-

mente homogéneas o equiparables y que, para el caso de que se introduzca una diferencia de trato, se ofrezca una justificación razonable. Ahora bien, a nuestro parecer, la sentencia no ha establecido de manera correcta los términos de comparación sobre los que articular el juicio de igualdad, como, seguidamente, vamos a argumentar.

2. De entrada, cuando la sentencia aborda el análisis del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución Española, no ha tenido en cuenta dos aspectos esenciales sobre los que ha de construirse el enjuiciamiento constitucional de la norma legal cuestionada, que, paradójicamente, sí que reconoció al realizar el planteamiento general del problema: en primer lugar, que el legislador ha configurado este supuesto como una modalidad específica de responsabilidad patrimonial de la Administración, que no tiene fundamento constitucional, pues no se enmarca en ninguno de los supuestos de responsabilidad de la Administración de Justicia del artículo 121 de la Constitución Española. Y, en segundo término, pero estrechamente conectado al anterior, que el legislador dispone de discrecionalidad para instituir o no tal modalidad de responsabilidad patrimonial y, si lo hace, goza, igualmente, de amplia libertad para determinar los supuestos y los requisitos a cumplir para obtener el resarcimiento indemnizatorio.

Cierto es que se objeta a lo expuesto que los límites a aquella discrecionalidad residen en el respeto de los derechos fundamentales y, de modo particular, el de ser tratado como igual cuando las situaciones sean iguales. Ahora bien, la pregunta que, a nuestro juicio, no ha dado una respuesta correcta la sentencia es la siguiente: ¿son situaciones iguales las que han sido identificadas como de inexistencia “objetiva” y “subjetiva”, en los términos en que se ha expresado la sentencia de la que discrepamos?

3. *Prima facie*, la sentencia parece dar argumentos suficientes para llegar a una respuesta afirmativa: en ambos casos se produce una situación de privación de libertad que tiene una duración en el tiempo; del mismo modo, la persona sometida a esta medida cautelar habrá sido ulteriormente absuelta en sentencia o la causa para ella habrá finalizado en el trámite de instrucción, con un auto de sobreseimiento libre que haya impedido la formalización de una acusación contra la misma y la subsiguiente apertura del juicio oral. Además, la propia doctrina de este Tribunal, en diferentes pronunciamientos que se citan en la sentencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1992, de 22 de junio, por todos) como también, en de-

terminada etapa jurisprudencial, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (hasta sus sentencias de 23 de noviembre de 2010) hubo entendido que eran equiparables y semejantes aquellos supuestos de inexistencia. En consecuencia, habría que concluir, siguiendo el hilo argumental de esta exposición, que debería ser aceptada, como primera premisa del enjuiciamiento de igualdad, que nos halláramos ante situaciones homogéneas e iguales. Además, a partir de la constatación de aquellos términos de comparación, no se encontraría en la ley argumento alguno que justificara razonablemente aquella omisión en el precepto de referencia.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, tal planteamiento no alcanza a realizar un completo juicio relacional de aquellas situaciones de inexistencia, que establezca un correcto término de comparación entre aquellos supuestos porque el punto de atención lo ha centrado la sentencia, de modo exclusivo, en la consecuencia jurídica y personal que entraña la medida de privación de libertad o, dicho de otro modo, la sentencia se ha fijado únicamente en que, en ambos casos, la persona fue encarcelada provisionalmente y quedaba sacrificado su derecho a la libertad personal, en aras de la preservación de un interés de alcance general, como es el aseguramiento del privado de libertad sujeto al procedimiento penal, al resultado del mismo.

Pero hemos de insistir en que el juicio relacional así realizado no es completo porque se atiende únicamente a su consecuencia o a su efecto, pero deja de analizarse cuál sea la causa que haya dado lugar a la decisión judicial de acordar la prisión provisional, es decir, no se ha tenido en cuenta el distinto grado de intensidad afflictivo que, para el sometido a prisión provisional, supone, no sólo no haber tenido participación o no haber sido probada dicha participación en un delito que no ha cometido, pero cuando el hecho criminoso sí que se produjo en la realidad, a aquél otro supuesto en que el sometido a prisión provisional, no sólo no ha tenido participación o no se ha probado ésta en la comisión del hecho delictivo, sino que, además, aquel “delito” ni siquiera ha llegado a existir. Un simple ejemplo, que se ha dado en ocasiones en la práctica forense, permite explicar mejor el planteamiento que sostenemos: para una persona no es lo mismo, en intensidad de carga afflictiva, aquella situación en la que sufre un ingreso en prisión provisional por la presunta comisión de un crimen que, no sólo se acredita después que no cometió o que no hubo pruebas que lo inculparon (inexistencia subjetiva), sino que, además, su ingreso en prisión provisional lo fue por un crimen que ni siquiera llegó a existir, bien porque nunca

llegó a producirse la muerte (caso paradigmático del conocido crimen de Cuenca), bien porque, habiendo tenido lugar el deceso, aquél se reveló como una muerte no violenta, producida por causas naturales de la víctima (inexistencia objetiva). En este último supuesto hay un doble grado de intensidad afflictiva para la persona que lo sufra, pues, al ingreso en prisión provisional por un acto delictivo no cometido, se añade además la consciencia posterior de que aquel acto delictivo ni siquiera llegó a existir.

Si la específica responsabilidad patrimonial de la Administración por prisión provisional regulada en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene fundamento constitucional porque no se residencia en ninguno de los dos aspectos que contempla el artículo 121 de la Constitución Española, sino que es de libre configuración legal y el legislador ha entendido que sólo debe abarcar los supuestos más singulares y extraordinarios, fundamentados en una mayor intensidad de la carga afflictiva para el sometido a prisión provisional, porque haya padecido una reduplicada afectación en su ánimo, propiciada, no sólo por el sufrimiento que conlleva la privación de libertad provisional, por un hecho que no ha cometido o que no hay pruebas de su participación, sino también y además por el mayor contenido peyorativo de constatarse después que el delito que le era imputado, ni siquiera llegó a existir, habrá que concluir que es aquí en donde reside el factor de desigualdad que justificaría realmente la inclusión por el legislador del único supuesto de inexistencia que reconocía el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de la eliminación de los incisos cuestionados por reputarlos la sentencia como inconstitucionales y nulos.

4. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los mencionados incisos lleva consigo un cambio sustancial en la configuración del precepto y de esta modalidad de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por prisión provisional, muy alejada de la que el legislador le quiso dar. El nuevo texto, desprovisto de todo presupuesto de hecho legalmente delimitado, permite el reconocimiento del derecho a la indemnización cuando se den tres únicos requisitos: (i) Haber sufrido un tiempo de prisión provisional, aunque sea mínimo; (ii) haber recaído auto de sobreseimiento libre respecto de su persona o haber resultado absuelto y (iii) haber acreditado perjuicios.

La dicción del precepto, tal y como queda redactado después del pronunciamiento de la sentencia (se recoge su texto en el FJ 13), no va a per-

mitir escapar a un reconocimiento automático de la indemnización cuando se acrediten aquellos tres requisitos, pese a que con un criterio, más voluntarista que real, la sentencia pretenda acotar el alcance del fallo “a través de la intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales”. Podrá, quizá, reducirse el *quantum* de la responsabilidad (ej. por concurrencia de conductas) pero difícilmente podrá quedar ésta excluida, sobre todo en aquellos supuestos en que se persigan hechos delictivos que atenten contra bienes jurídicos colectivos o en los que, propiamente, no exista una víctima individualizada o, ni siquiera un resultado, entendido como modificación del mundo exterior (ej. delitos de peligro), sin olvidar determinados pronunciamientos absolutorios por apreciación de una causa de extinción de la responsabilidad criminal (ej. la prescripción del delito del artículo 130.6 Código Penal) o la paradoja que supone un pronunciamiento absolutorio apreciado por una causa de exclusión de la antijuridicidad (ej. error invencible) o de la culpabilidad (ej. trastorno mental transitorio) que, paralelamente, conlleve un pronunciamiento condenatorio de responsabilidad civil del artículo 118 Código Penal respecto de la persona a la que le sea reconocida una indemnización a cargo del Estado, por el concepto de responsabilidad patrimonial por prisión provisional.

5. En definitiva, para paliar una omisión de los supuestos de inexistencia “subjética” que la sentencia denuncia, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los incisos cuestionados ha alterado todo el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial por prisión provisional que el legislador había concebido con carácter extraordinario y *ad abundantiam* de los de responsabilidad *ex* artículo 121 de la Constitución Española, en el ejercicio de su discrecionalidad y con apoyo en la causa de justificación razonable del diferente trato deparado a supuestos que, en los términos que hemos argumentado, deberían reputarse como desiguales por la diferente intensidad afflictiva que ocasiona la causa generadora de la prisión provisional en unos supuestos y otros.

Por todo ello, entendemos que los incisos cuestionados del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no eran contrarios al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española y debió ser desestimada la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por este motivo.

III. Constitucionalidad del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española

1. También discrepamos de la decisión mayoritaria que considera que el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia, porque inevitablemente impone un juicio sobre la culpabilidad del que ha sido absuelto después de haber sufrido prisión provisional y porque ese juicio comporta necesariamente el tratamiento peyorativo de los que han sido absueltos por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Con carácter preliminar, aunque esta apreciación parece dirigida a centrar el desarrollo que se lleva a cabo en los posteriores FFJ 10, 11 y 12, ya en el FJ 2, la sentencia adelanta que la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, plasmada en dos iniciales sentencias de 23 de noviembre de 2010, ha sido censurada por este Tribunal, en sus sentencias 8/2017, de 19 de enero y 10/2017, de 30 de enero.

Consideramos desacertada esta afirmación y, para justificar nuestra discrepancia, conviene que hagamos una somera revisión de la doctrina inicial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en interpretación del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de su extensión a los supuestos que el Tribunal Supremo calificó como de “inexistencia subjetiva del hecho imputado”, así como de su reducción a aquella fase inicial por esas dos sentencias de 23 de noviembre de 2010 en virtud, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Puig Panella y Tendam*, ambas contra España, que motivaron ese cambio jurisprudencial, y de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani* contra España, cuya aplicación principal junto con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Allen* contra el Reino Unido condicionará las Sentencias del Tribunal Constitucional 8/2017 y 10/2017 que en la sentencia aprobada ahora se dice que censuraron esa última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

2. *Doctrina inicial del Tribunal Supremo.* Con independencia de algunas primeras Sentencias del Tribunal Supremo que se enfrentaron, tras la entrada en vigor de la Constitución, a la cuestión de si su artículo 121 era susceptible de invocación, aunque aún no se hubiera aprobado la ley de desarrollo que el mismo preveía (Sentencia del Tribunal Supremo de

5 febrero 1986), o de sí, publicada la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su artículo 294.1, era aplicable con carácter retroactivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988), la primera sentencia del Tribunal Supremo que se ocupó de la interpretación del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue la de 27 de enero de 1989.

Esta sentencia utiliza tres criterios ordinarios de interpretación de las normas, el literal, el de los antecedentes legislativos y el sistemático, deduciendo de ellos que el sentido del precepto era limitar la indemnización a los supuestos de inexistencia del hecho imputado. No obstante, consideró también válido el criterio de interpretación finalista, para considerar extensible el derecho a resarcir a los supuestos denominados de “inexistencia subjetiva”, esto es, aquellos en los que la absolución o el sobreseimiento hubieran sido debidos a que quien sufrió prisión provisional hubiese resultado absuelto por haber quedado acreditado que no participó en el hecho imputado.

El criterio así sentado en aquella Sentencia del Tribunal Supremo fue confirmado pronto por la Sentencia de 22 de marzo de 1989; así como por otras dos dictadas el 14 y 15 de diciembre de 1989. Estas dos últimas, por cierto, excluyeron de la noción de “inexistencia del hecho”, el supuesto de la falta de tipicidad, lo que vino a ser rectificado por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1995, de la Sección Primera de la Sala (rec. 934-1993), seguida por otra de 29 de marzo de 1999, de su Sección Sexta (rec. 8172-1994), donde dijo que: “si la absolución o el auto de sobreseimiento libre tuviese como causa la inexistencia de acción típica o, lo que es lo mismo, de hecho delictivo alguno, caso que nos ocupa, es subsumible en el precepto que comentamos”. De otro modo, añadió, “se incumpliría la finalidad del precepto, que no es otra que la de amparar a quien con manifiesto error judicial haya sufrido prisión preventiva por hechos que no han existido materialmente o que, de haber existido, no fuesen constitutivos de infracción punible, ya que el significado jurídico de la expresión literal utilizada en dicho precepto: ‘inexistencia del hecho imputado’, no puede ser otro que el de inexistencia de hecho delictivo, pues sólo éstos tienen relevancia jurídico penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, y así lo consideró ya esta Sala en su Sentencia de 16 de octubre de 1995 (recurso 934-93)”.

La doctrina fijada en esa sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 1989 se ha mantenido invariable hasta las dos referidas sen-

tencias de 23 de noviembre de 2010, e incluso ha recibido el respaldo de este Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1992, de 22 de junio, que, examinándola desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad, consideró razonable la diferenciación, a efectos del reconocimiento de indemnización según el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los absueltos por su probada ausencia de participación en el hecho imputado frente a los que lo habían sido por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Para saber si puede hablarse de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (derecho recogido en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) porque la indemnización solicitada se niega alegando la jurisdicción interna motivos que “equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin establecimiento legal previo de ésta” [Decisión *Dinares Peñalver*, § 2; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Puig Panella*, § 51] o que “ignora, deliberadamente, la absolución previa del imputado” [Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tendam*, § 36 y *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani*, § 39], el Tribunal Europeo utiliza un doble canon de valoración:

a) Uno más general aunque siempre de aplicación casuística, en cuya virtud “el Tribunal debe examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por el lenguaje utilizado en su razonamiento, el Ministerio de Justicia y los tribunales internos vulneraron el derecho a la presunción de inocencia reconocido al demandante” [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Puig Panella*, § 54; en términos sustancialmente idénticos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tendam*, § 38; y *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani*, § 41].

En su Sentencia de 12 de julio de 2013, constituido en Gran Sala, asunto *Allen* contra el Reino Unido, el Tribunal Europeo pasa revista a su doctrina general en materia de eficacia extra procesal penal del derecho a la presunción de inocencia, distinguiendo los distintos tipos de pretensiones de indemnización que se formulan, las cuales presentan cada una un mayor o menor grado de vinculación con un proceso penal previo [en el § 98, apartado b), se hace referencia justamente a las solicitudes de indemnización por prisión preventiva, con cita entre otras de las Sentencias dictadas a España]. El Tribunal reconoce en su § 126 que: “En todos los casos sin importar el punto de vista a aplicar, el lenguaje utilizado por el órgano de-

cisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6 § 2” del Convenio.

Aunque líneas más abajo el propio Tribunal Europeo matiza que “cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante” de su control, los dos ejemplos que brinda no se corresponden con procedimientos de indemnización por prisión provisional, respecto de procesos penales finalizados con absolución o sobreseimiento definitivo, como el que aquí nos ocupa.

b) Aparece, además, otro canon más específico, surgido como resultado de la problemática planteada por los asuntos que suscitaron las condenas a España, a cuyo través el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que aquel razonamiento “que distingue entre una absolución en ausencia de pruebas y una absolución que resulta de una constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del imputado, cuyo fallo debe ser respetado por toda autoridad judicial” [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tendam*, § 39]; puesto 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” [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani*, § 40].

4. *Rectificación de esa doctrina por el Tribunal Supremo.* Como consecuencia de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Puig Panella* y *Tendam* el Tribunal Supremo aprobó dos sentencias con fecha 23 de noviembre de 2010, en las que razona que:

“...[D]escartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuáles sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del artículo 294 de la de la Ley Orgánica del Poder

Judicial y acudir a una interpretación estricta del mismo...”. [Fundamento de Derecho Tercero, rec. 4288-2006].

(...) Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el artículo 294 de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que venimos examinando...”. [Fundamento de Derecho Tercero, rec. 4288-2006].

“(...) dicho cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación del alcance del artículo 294 de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, viene impuesto por el respeto al derecho reconocido por el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en los términos que resultan de la indicadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado de su tutela (artículos 19 y 46 del Convenio), que no pueden ser desconocidas por este órgano jurisdiccional en la aplicación e interpretación de la norma invoca[da] por la parte como fundamento de sus pretensiones”. [Fundamento de Derecho Cuarto, rec. 4288-2006].

5. *Sentencias del Tribunal Constitucional 8/2017 y 10/2017*. Estas sentencias anulaban sendas sentencias, la primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que denegaron la indemnización reclamada conforme al artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a dos absueltos por aplicación del principio in dubio pro reo.

Ni una ni otra sentencia hacen referencia a la doctrina jurisprudencial establecida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010, sino que se limitan a indicar que las sentencias recurridas en amparo han sembrado dudas sobre la culpabilidad del que había resultado absuelto por aplicación del principio in dubio pro reo. A falta de otra explicación, en esas sentencias debemos deducir que esa conclusión resulta de algunas afirmaciones de las sentencias recurridas en amparo, en las que se pone el acento en que esa precisamente había sido la causa de absolución penal.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4288-2006, FJ tercero) expresamente advierte que la nueva doctrina jurisprudencial descarta “la posibilidad de argu-

mentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo...”. Que es el criterio que sigue el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 2017, que, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, dicta otra sentencia en la que desestima el recurso de casación interpuesto simplemente advirtiendo que el hecho objeto de enjuiciamiento penal si había tenido lugar, por lo que no resultaban aplicables las previsiones del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por tanto, cabe concluir que la censura llevada a cabo por esas Sentencias del Tribunal Constitucional 8/2017 y 10/2017, no se refirió tanto a la nueva doctrina del Tribunal Supremo iniciada por las antes referidas sentencias de 23 de noviembre de 2010, como a determinadas sentencias posteriores de ese mismo alto tribunal que, pese a todo, continuaron empleando expresiones que podían suscitar sospechas respecto de aquellos reclamantes de responsabilidad patrimonial que habían resultado absueltos en el proceso penal en que sufrieron prisión preventiva por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

6. Presunción de inocencia y artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a) En el FJ 10, la sentencia de la que discrepamos examina la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (principalmente, asuntos *Tendam c. España* § 39; *Puig Panella c. España* § 55 y *Vlieeland Boddy c. España* §42 y 47) que se tradujo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017. Sin embargo, ni en esta sentencia se examinó el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con carácter general, sino que, como se ha dicho, se censuraron determinadas expresiones que en su aplicación se habían deslizado en la sentencia recurrida en amparo, ni la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está exenta de matices en atención de las circunstancias concurrentes, tal como se expone en el voto particular que acompaña a la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017.

En el asunto *Puig Panella* no es que el lenguaje utilizado por la sentencia recurrida fuera equivoco; es que la propia razón de la decisión, fue que existía una diferencia cualitativa entre las absoluciones producidas por falta de prueba de la culpabilidad del que sufrió prisión preventiva y las motivadas porque se hubiera producido una absolución al resultar plena-

mente acreditado que el acusado no había participado en el hecho imputado; diferencia cualitativa que trascendía en perjuicio de los primeros a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial deducidas por haber sufrido prisión provisional. Pero, descartado ese efecto peyorativo, no puede considerarse contrario al principio de presunción de inocencia la simple afirmación, como hecho objetivo por parte de la resolución que desestima la correspondiente reclamación, de que el hecho imputado sí se había producido y la absolución se produjo por otra causa distinta, como pudo ser la aplicación de un principio, el *in dubio pro reo*, derivado precisamente de esa garantía constitucional reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

b) Tras las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010, la resolución de un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial no requiere sino comprobar si el hecho imputado se ha producido o no, o si el hecho imputado era o no típico, con exclusión de cualquier valoración de la conducta del reclamante en el proceso penal. Después de esas sentencias se consideran excluidas del ámbito material del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial todas las absoluciones que no vengan motivadas por la inexistencia o falta de tipicidad del hecho imputado. Tanto da que lo hayan sido porque haya quedado acreditada la falta de participación del reclamante en el hecho imputado, por la ausencia de prueba suficiente de su participación en ese hecho, por la aplicación de una excusa absolutoria o de una circunstancia eximente, ya afecte esta última a la antijuridicidad o a la imputabilidad.

La dicción del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga, ciertamente, a examinar las razones en que se basa la decisión de no condenar, pero no obliga a hacer ninguna valoración de esas razones. Esa valoración ya la ha hecho la jurisdicción penal y en el expediente de responsabilidad patrimonial subsiguiente a la absolución solo cabe la comprobación de si, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia penal, el hecho imputado se había producido y si era típico. Cualquier otra valoración es innecesaria e incluso perturbadora, como se ha puesto de manifiesto en las sentencias que dieron lugar a las sentencias de este Tribunal 8/2017 y 10/2017.

Por eso, no podemos compartir la tesis de la sentencia aprobada (FFJJ 11 y 12), según la cual la propia estructura del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “obliga a argumentar de forma incompatible

con la dimensión del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española)”. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no exige ese tipo de argumentación, ni explícito ni implícito, solamente impone constatar si el hecho imputado se ha producido o no, o si era o no típico, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta del reclamante. En rigor, ni siquiera sería preciso aludir a la causa concreta por la que el reclamante fue absuelto, como hizo la Sentencia del Tribunal Supremo, ya citada, de 12 de julio de 2017. Así resulta también de las últimas sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que claramente señalan que “no es este principio *“in dubio pro reo”* consagrado en el artículo 24.2 de la de la Constitución Española el que nos lleva a desestimar la reclamación patrimonial. Una cosa son los presupuestos penales que sirven para la absolución dentro de un procedimiento penal marcado por una serie de principios rectores básicos como el acusatorio (v.gr. en el sistema americano el pronunciamiento no es de absolución sino de no culpabilidad) y otra muy distinta los que sirven para sustentar la reclamación patrimonial del Estado, presupuestos que no tienen por qué coincidir ya que la responsabilidad patrimonial del artículo 294 no se sustenta exclusivamente en la existencia de un pronunciamiento absolutorio pues exige que éste responda, además, a la constatación de una “inexistencia objetiva” en la misma en la forma en que la misma ha quedado configurada por la Ley y la jurisprudencia al respecto, y esta situación solo se da, como hemos visto, cuando de las actuaciones penales resulta, de forma clara, que el hecho materialmente no existió o que existiendo el mismo no es típico... (Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de mayo de 2019; rec. 479-2018, entre otras en el mismo sentido). No solo no hay en estas sentencias valoración alguna de la conducta enjuiciada por la jurisdicción penal, sino tampoco expresión que, aun de significación neutra, pueda ser malinterpretada por este tribunal, como sucedió en las tan citadas sentencias 8/2017 y 10/2017.

La sentencia aprobada por la mayoría del Pleno de este Tribunal reconoce que, tan respetuoso del artículo 24.2 de la Constitución Española es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción y que esta segunda opción no podría ser objetada desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, si, como resulta de repetida doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también cabe la opción de reconocer la indemnización solo en algunos casos de prisión provisional seguida de absolución y no de todos, esta sen-

tencia descarta de hecho esta posibilidad intermedia y deja al legislador constreñido entre activar un sistema que reconozca el derecho en ser indemnizado en todo caso de prisión provisional seguida de absolución o que no la reconozca nunca.

7. En definitiva, un enjuiciamiento del precepto indicado, desde la perspectiva de legislador negativo, propia de esta Jurisdicción Constitucional, descartando todo riesgo de convertirnos en legisladores positivos, que es en la que, a nuestro entender, se ha instalado la sentencia de la que discrepamos, ha de concluir que no cabe hacer reproche alguno de constitucionalidad a ese precepto, independientemente de que, desde un punto de vista de *lege ferenda*, puede considerarse deseable que toda prisión preventiva no seguida de condena vaya acompañada del reconocimiento de una indemnización, o permita que el afectado por la privación de libertad ejercite una acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración, que es a lo que conduce de modo inmediato esta sentencia.

Madrid, a veinte de junio de dos mil diecinueve.

Voto particular que formula la magistrada doña E.R.T. en relación a la sentencia dictada en la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018.

1. Los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad

En ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el debido respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, formulo el presente voto particular discrepante, que anuncié debidamente a la sentencia de la mayoría respecto de la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en relación a los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por posible vulneración de los artículos 17, 14 y 24.2 de la Constitución Española.

El artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice textualmente: “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 hayan irrogado perjuicios”.

La cuestión interna de inconstitucionalidad se ha planteado como consecuencia de diversas demandas en recursos de amparo ante este Tribunal en los que se ha venido denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva después de que los tribunales hubiesen negado la indemnización reclamada, si bien en algunos de estos recursos se ha solicitado con base en la lesión de los derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad. El supuesto de hecho común a todos ellos es la prisión provisional del demandante de amparo durante la instrucción de un proceso penal, seguida de la absolución o sobreseimiento libre de la causa penal. En todos los casos se ha pedido una indemnización que se ha canalizado por la vía del error judicial (artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o por otros medios, indemnización que ha sido rechazada. Ello ha producido entonces la reclamación ante el Tribunal Constitucional que ha resuelto los asuntos 8/2017 y 10/2017.

Según el Auto del Tribunal Constitucional 79/2018, de 17 de julio, la razón del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consiste en “considerar que los incisos ‘por inexistencia del hecho imputado’ y ‘por esta misma causa’ podrían resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española), a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado”, porque “puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (artículo 17 de la Constitución Española), introduciendo diferencias irrazonables de trato por razones de absolución (artículo 14 de la Constitución Española) que irremediablemente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (artículo 24.2 de la Constitución Española)”.

El fallo de la sentencia a la que me opuse y contra la que formulo voto particular, estima la presente cuestión interna y declara la inconstitucionalidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender que son contrarios al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, pues “la diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por haberse probado la inexistencia del hecho y de quie-

nes lo han sido por otras razones de fondo es, además radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados”. Igualmente entiende que se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, al mismo tiempo y tal como pone de relieve el texto de la sentencia con cuya argumentación y fallo no estoy de acuerdo, el Tribunal europeo de derechos humanos ha condenado a España en diversos casos, a los que luego me referiré, y ha advertido que no puede utilizarse la presunción de inocencia para denegar la indemnización. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 se discutió sobre si podía o no quedar afectada la presunción de inocencia. Recordemos que en aquel caso la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional denegó al recurrente en amparo, que había estado privado de libertad en una causa en la que finalmente fue absuelto, una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado a causa del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo, este Tribunal Constitucional, en aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos *Puig Panella c. España* y *Tendam c. España*), aprecia que el razonamiento empleado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y con base en la motivación y el lenguaje utilizados en sus fundamentos, cuestiona la inocencia del demandante. En este sentido, para el Tribunal Constitucional en la medida que se acredita la inexistencia objetiva del delito, la argumentación utilizada por la Sala Tercera para denegar la indemnización no es respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia [FJ 7].

2. Argumentos en contra de los sostenidos en la sentencia.

La opinión que he venido manteniendo en el Pleno a lo largo de las deliberaciones mantenidas en relación a la indemnización por prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento libre se basan en dos tipos de argumentaciones: (i) la primera es la relacionada con la pretendida afectación al derecho fundamental de la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), que se vería vulnerado cuando un investigado ingresa en prisión

preventiva, y (ii) la segunda, la distinción que debe hacerse entre los dos procesos que coinciden en el caso, el proceso penal, acabado con la absolución o el sobreseimiento libre, y la vía administrativa en la que se reclama la correspondiente indemnización.

En las argumentaciones que siguen se ha utilizado la doctrina constitucional y administrativa relativa a la responsabilidad por funcionamiento de la administración de justicia, que no voy a citar aquí, para evitar extenderme innecesariamente.

3. La lesión del derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).

El texto de la sentencia parece haber superado el argumento de una posible vulneración del derecho a la libertad, que fue el que originó el planteamiento de la presente cuestión interna. Efectivamente en el FJ 5 se señala que “la prisión preventiva provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del artículo 17.1 de la Constitución Española [...], que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, FJ5)”, añadiendo que “frente a esos intereses, el sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta un carácter afflictivo extraordinario que el legislador ha tenido presente” y que se debe “a la entidad del derecho afectado [...]”.

Sin embargo, en el fondo de la argumentación de la sentencia late la idea, no explícitamente expresada, que la lesión realmente sufrida por el investigado en prisión provisional declarado absuelto o cuando el asunto se ha sobreseído concierne a su derecho a la libertad. Ello se puede comprobar en el FJ5 cuando afirma que “en este contexto de justificación del interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme a lo que dispone el artículo 194.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, va unido al derecho a ser indemnizado por el caso de la prisión provisional, no en otros casos de injerencia, en atención a la especialidad del daño sufrido en aras del interés público prevalente [...]”.

La sentencia no tiene en cuenta que en las reclamaciones de indemnización nos hallamos ante un segundo procedimiento, contencioso, en el que se formula una reclamación a la administración con la finalidad de que sean resarcidos los daños que se hayan ocasionado con la prisión preventiva en el proceso penal, que ya ha finalizado. Debo examinar, por tanto, los requisitos de cada uno de los procesos.

4. La diferencia entre los procesos penal y contencioso.

El proceso penal iniciado con las investigaciones correspondientes del instructor y que han llevado a la absolución (después de haberse celebrado la vista oral) o al sobreseimiento, ha acabado ya cuando se reclama la indemnización. Por tanto, en este momento, las vicisitudes del mencionado procedimiento no importan ya.

A continuación se inicia un nuevo proceso, el administrativo, en el que la persona que ha sufrido la prisión preventiva va a demandar a la administración una indemnización por los daños que su pérdida de libertad le ha ocasionado. Este es el que interesa examinar ahora.

El artículo 121 de la Constitución Española establece que “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”. La Constitución introduce aquí una diferencia notable entre la responsabilidad que es consecuencia de los daños causados por la administración de justicia, y los causados por la administración en general, ya que en el artículo 106.2 de la Constitución Española establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018, con cita de la 325/1994, señala que “la doctrina de este Tribunal ha afirmado, al tratar de forma específica, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los supuestos de error judicial, modalidad resarcitoria singularmente prevista en el artículo 121 de la Constitución Española, que los artículos 106. 2 y 121 de la Constitución Española no son preceptos que operen de forma inconexa e independiente el uno del otro, pues ambos reflejan el mismo postulado general de responsabilidad del Estado, que tiene su anclaje último en el principio general de respon-

sabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución Española) y en la propia cláusula constitucional de estado de derecho (artículo 1.1 de la Constitución Española). Según señalamos ‘las dos modalidades, emanación del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución Española), han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por deferir a la Ley su regulación, que en ambos sectores de la Administración, la Pública y la de Justicia, coinciden en la letra’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4)’.

En ambas disposiciones (artículo 106.2 y 121 de la Constitución Española) se producen unas coincidencias notables, que explicaré a continuación: (i) en ambas se establece la necesidad de dejar indemne a quien ha sufrido daños como consecuencia de la actuación de la administración pública; (ii) pero ello conlleva una diferencia notable entre los dos preceptos: en el artículo 106.2 de la Constitución Española no se distingue qué tipo de daño, si proveniente o no de la actuación normal o anormal, mientras que en el artículo 121 de la Constitución Española se señala que los daños a indemnizar como consecuencia de la actuación de la administración de justicia solo serán los producidos por la actuación anormal y consistirán en los derivados de error y funcionamiento anormal; (iii) en ambos casos, será la ley la que fije los términos de la indemnización, porque se trata de un derecho de configuración legal.

Si seguimos la línea marcada constitucionalmente, para que exista obligación de indemnizar a quien ha sufrido daños consecuencia de la actividad de la administración de justicia, se requerirá que concurren los requisitos marcados legalmente y que son: (i) la efectiva realización del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; (ii) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; (iii) la ausencia de fuerza mayor, y (iv) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Consecuencia de todo lo anterior, será que el proceso en el que se solicita la indemnización por la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento es absolutamente independiente del penal en el que se ha

decretado esta absolución o sobreseimiento y que el demandante en la vía contenciosa deberá acreditar la concurrencia de los requisitos y no podrá utilizarse en su favor ni en su contra la presunción de inocencia, porque no nos hallamos ante un proceso penal donde los acusadores deben destruir la presunción de inocencia que ampara a todo investigado/procesado hasta que se haya dictado la sentencia definitiva. Es cierto que como ha afirmado la doctrina, el proceso en el que se reclama la indemnización es un corolario del proceso penal, pero es distinto y al serlo, deberán utilizarse elementos de valoración de la prueba distintos, pudiendo llegarse a conclusiones también diversas de las alcanzadas en el proceso penal. En consecuencia, puede afirmarse en una primera conclusión que la regulación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuya constitucionalidad ahora se cuestiona, se ajusta al artículo 121 de la Constitución Española, ya que, además, la Constitución deja al desarrollo legislativo la determinación de los requisitos tanto en el artículo 106.2 de la Constitución Española, como en el artículo 121 de la Constitución Española, que es el que ahora importa. Debe añadirse que el legislador puede regular las instituciones del modo y manera que considere conveniente, siempre y cuando, claro está, tenga en cuenta el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales. Quiero con ello decir que en el caso de la indemnización por prisión provisional el constituyente en el artículo 121 de la Constitución Española solo obliga a indemnizar unos supuestos concretos –error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia– y éstos deben ser respetados en todo caso por el legislador. A partir de este límite puede ampliar los supuestos indemnizables, decidir indemnizar todos o desprestigiar algunos sin que en ello pueda haber tacha de inconstitucionalidad alguna.

5. El daño.

La mayor causa de discrepancia con la sentencia se centra en la fijación del daño que debe ser objeto de indemnización. La sentencia parte de que en todo caso con la privación de libertad que se produce con la prisión provisional, aun cuando es legal o legítima y no ha vulnerado el artículo 17.2 de la Constitución Española, sin embargo en el caso de que por el motivo que fuese se salga absuelto se ha producido un daño objetivo que debe ser indemnizado. Este daño no sería, por tanto, consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, porque se justifica por el interés general en la adopción de medidas cautelares en orden a la persecución de los delitos. Por ello, la sentencia centra el problema en la interpre-

tación de los incisos ya aludidos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y les atribuye la vulneración del derecho a la igualdad y el derecho a la presunción de inocencia.

De acuerdo con este punto de partida, el daño objeto de compensación es para la sentencia un daño que parte de un error objetivo. De este modo, la sentencia introduce el elemento “error”, que es el único que justifica la indemnización de acuerdo con lo establecido en el artículo 121 de la Constitución Española. A partir de aquí la sentencia construye una obligación de indemnizar que no es tal, como argumentaré en su debido lugar, sobre el presupuesto de la lesión de diferentes derechos fundamentales. En definitiva, el artículo 121 de la Constitución Española exige claramente la concurrencia de un daño para que nazca la obligación de indemnizar por parte de la administración de justicia y la inconstitucionalidad declarada de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no resuelven la cuestión porque, eliminados los incisos que la sentencia declara inconstitucionales, sigue manteniéndose el último inciso del artículo que dice: “siempre que se hayan irrogado perjuicios”. Para excluir esta exigencia, la sentencia creará un error basado en circunstancias objetivas, que le permitirá por una parte incluir este supuesto en el artículo 121 de la Constitución Española y, por otra parte, excluir la aplicación del último inciso del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Porque la doctrina y la jurisprudencia han exigido que el daño que genera la obligación de indemnizar de acuerdo con la norma legal, a la que se remite el artículo 121 de la Constitución Española, es el que reúne estas características: «en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». Pero hay que tener muy en cuenta que los tipos de daños que no podrán ser objeto de indemnización, son aquellos que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. La sentencia acaba desvirtuando el concepto de *antijuridicidad*, aunque la jurisprudencia haya exigido repetidamente que concurra este requisito, porque cuando se produzca el deber jurídico de soportar el daño, desaparece la obligación de indemnizar. Y si, como dice repetidamente la sentencia, la prisión provisional de que se parte es la legal, entonces desaparece el deber jurídico de indemnizar el daño, porque desaparece la antijuridicidad.

6. *La lesión de los derechos fundamentales que producirían la inconstitucionalidad del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los incisos cuestionados.*

Para que pueda anularse por inconstitucional una norma positiva a través de la cuestión de inconstitucionalidad se requiere que la norma sea aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo (artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). En este caso se ha cuestionado la constitucionalidad de los incisos concretos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, examinando si se oponían a los derechos fundamentales a la libertad (artículo 167); igualdad (artículo 14) y presunción de inocencia (artículo 24.2). Voy a examinar si la legislación que se declara inconstitucional vulnera en realidad estos tres derechos.

(i) *El derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).* Después de proclamar que “toda persona tiene derecho a la libertad”, el artículo 17.1 de la Constitución Española añade que “nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. A continuación, el párrafo 2 del propio artículo 17 de la Constitución Española establece los requisitos mínimos para la validez de la detención preventiva, que son desarrollados en el artículo 502 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De ahí que deba deducirse, como señalé en su día en el Pleno, que (i) la privación de la libertad es posible, pero que los casos en que se puede proceder están regulados en la ley, dado que se exige el desarrollo legislativo de acuerdo con el artículo 17.1 de la Constitución Española; (ii) la privación preventiva de la libertad solo es lícita si responde a lo legalmente previsto, tanto en los casos como en la forma. En conclusión son ilícitas las detenciones que no siguen estos criterios. Es por ello que la presente sentencia destaca que de lo que se trata no es de las detenciones ilícitas, sino de aquellas que se toman de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos. De donde, a mi parecer, si los casos por los que puede acordarse la detención preventiva se ajustan a lo establecido en la ley, tal como afirma la sentencia, serán casos constitucionalmente lícitos, en los que resulta imposible encontrar daño alguno, según lo que ya he afirmado en el anterior apartado. Si existiese un abuso por parte del juez, debería recurrirse al artículo 121 de la Constitución Española, ya que entonces se habría generado un daño por mal funcionamiento de la administración de justicia, que sería indemnizable, de acuerdo, a mi modo de ver, con lo que dispone el artículo 294 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial. Aunque conozco las diferentes opiniones que se han formulado sobre la naturaleza de esta disposición, pienso que abre la vía a la indemnización en este caso.

La regla del artículo 17 de la Constitución Española es la libertad, con las excepciones que se contienen en los párrafos 2 y 3 del propio precepto que llevan a la aplicación del artículo 121 de la Constitución Española. En este sentido, estaría de acuerdo con la exclusión de la vulneración del artículo 17 de la Constitución Española, que establece la sentencia (FJ8).

(ii) *La igualdad*. La sentencia señala (FJ9) que “la selección establecida en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento [...]. Esta diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras del interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española)”.

Lo que resulta de esta formulación conduce a la irrelevancia de la razón de la absolución, porque lo relevante es la compensación del daño como sacrificio de especial intensidad. Tampoco se justifica la diferencia de trato por la introducción de elementos de certeza sobre la concurrencia del supuesto indemnizable (asegurarse de que el preso no condenado no ha contribuido a la producción del daño, por ejemplo, la fuga del encausado no significa que no pueda haber después una absolución indemnizable por ser inexistente el hecho imputado. En definitiva, si se abandona la base sobre la que se ha venido sustentando el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la responsabilidad patrimonial, nace una construcción teórica, a la que luego me referiré, en la que no se indemnizan los distintos supuestos, sino cualquier tipo de prisión seguido de absolución. Por ello estoy de acuerdo con los argumentos formulados por mis compañeros A.N. y R.E. en su voto particular en esta misma sentencia, que señalan que el planteamiento realizado sobre la base de la lesión del derecho a la igualdad “no alcanza a realizar un completo juicio relacional de aquellas situaciones de inexistencia, que establezca un correcto término de comparación entre aquellos supuestos porque el punto de atención lo ha fijado la sentencia,

de modo exclusivo, en la consecuencia jurídica y personal que entraña la medida de privación de libertad [...]”.

(iii) *La presunción de inocencia.* El artículo 24.2 de la Constitución Española in fine garantiza la presunción de inocencia. Los casos que han dado lugar al fallo de esta sentencia provienen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en diversas ocasiones ha condenado a España por haber justificado, directa o indirectamente, la denegación de la indemnización como consecuencia de la absolución o del sobreseimiento con argumentos que utilizaron la presunción de inocencia. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el conocido asunto *Puig Panella c. España*, de 25 de abril de 2006 establece claramente que si bien es cierto que el derecho a la presunción de inocencia, no otorga, por sí mismo, el derecho a obtener una indemnización por la prisión preventiva sufrida cuando posteriormente no hay sentencia de condena o cuando, como en éste caso, es anulada, es necesario tener en cuenta que la resolución que deniegue el derecho a percibir tal indemnización, no puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia sembrando la duda acerca de la culpabilidad del sujeto. Por tanto, no es en el curso del proceso penal –en el que la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado puede ser admisible en tanto no se cierre el procedimiento, a la espera de comprobar si le asiste la razón a la acusación–, sino en el curso del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo donde resulta inadmisibles que una decisión jurídica se apoye sobre sospechas de inocencia después de haberse pronunciado una sentencia penal exculpatoria de carácter definitivo.

Por su parte, en el caso *Tendam c. España* de 13 de julio de 2010, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó la demanda planteada por un nacional alemán y residente en Canarias por la falta de indemnización por la prisión provisional y absolución posterior por falta de pruebas en dos procesos penales y por la pérdida o deterioro de los bienes embargados como consecuencia de los mismos. La jurisdicción ordinaria española, primero la Audiencia Nacional y posteriormente el Tribunal Supremo, habían desestimado sus pretensiones indemnizatorias encauzadas por la vía de artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional había inadmitido su recurso de amparo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que el ámbito de aplicación del artículo 6.2 del Convenio no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende a los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva

del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostenta la calidad de “acusado” (& 36). Junto a ello el Tribunal no admite diferencias entre las absoluciones por falta de pruebas y las absoluciones derivadas de la prueba de la inocencia (& 37). Además, señala que en virtud del principio «*in dubio pro reo*», que constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que hayan sido tenidos en cuenta en cada ocasión por el juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6. 2 del Convenio, toda autoridad que se pronuncie directa o indirectamente o de forma incidental sobre la responsabilidad penal del interesado debe respetar la parte resolutive de una sentencia absolutoria, (*Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, 27 de septiembre de 2007). Por otro lado, el hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento tendente a obtener una indemnización por prisión provisional no es razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”. Finalmente, refiriéndose al caso español, señala que “el presente asunto se diferencia del asunto *Puig Panella*, citado por el Gobierno, en el que la solicitud de indemnización se introdujo por el demandante tras una sentencia del Tribunal Constitucional que había anulado, una vez cumplida la pena de prisión, las resoluciones de condena de las que fue objeto. Sin embargo, en este caso, el demandante fue absuelto en apelación y no ha cumplido nunca una pena de prisión firme. A pesar de estas diferencias, el Tribunal debe examinar en este caso si, por su forma de actuar, por la motivación de sus resoluciones o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia y las jurisdicciones internas han sembrado dudas sobre la inocencia del demandante, vulnerando así el principio de presunción de inocencia, tal y como viene garantizado por el artículo 6 § 2 del Convenio (*Puig Panella*, antes citado, § 54) (&38).

En el caso *Allen c. Reino Unido* de 12 de julio de 2013 se advierte que no hay unanimidad entre los países miembros del Consejo de Europa sobre la necesidad de indemnizar por prisión provisional preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La doctrina del Tribunal europeo en esta materia viene determinada por dos elementos: a) “el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de

una decisión y su razonamiento con el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”; b) “Sin embargo, cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante”. Y añade que esta conformación doctrinal explica, sobre todo por el matiz introducido en el segundo componente, que incluso cuando un tribunal interno usa un lenguaje desafortunado, en el sentido de un lenguaje que puede emitir sospechas sobre la culpabilidad del interesado, puede que las referencias que se hagan al contexto y la naturaleza del proceso permitan entender dichas manifestaciones judiciales como hechas estrictamente en relación a dicho contexto o a la naturaleza del proceso, lo que permite descartar tales sospechas y centrar oportunamente el único sentido de dichas manifestaciones judiciales. Dicho de otro modo, si el órgano judicial conecta claramente sus afirmaciones con la naturaleza compensatoria del proceso en que se formulan, y más en concreto con las exigencias legales para tener derecho a la indemnización solicitada, dicha naturaleza del proceso coadyuva a atribuir su verdadero sentido y alcance a tales manifestaciones.

Finalmente no cabe desconocer que en los asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España* de 16 de febrero de 2016 se recuerda que ni el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni ningún otro dan derecho a reclamar una compensación por detención provisional adoptada legalmente en caso de absolución (como dice la reseñada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Tendam contra España*, § 36), o, (como expresan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Capeau contra Bélgica*, § 23, y *Puig Panella* § 52), ni el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni cualquier otra cláusula del Convenio otorga al “acusado” un derecho al derecho al reembolso de sus gastos, o a un derecho de reparación por una detención provisional regular, en caso de abandono de las diligencias incoadas contra él (*Dinares Peñalver c. España*; o *Englert c. Alemania* y *Sekanina c. Austria*, respectivamente § 36 y § 25).

De ahí que la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 señale que “a la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha de 28 de febrero de 2012 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y especialmente la consideración que se efectúa sobre que ‘la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)’, derivando de ahí que no concurre

el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia”.

De las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deduce que no existe obligación de indemnizar que dimanase del Convenio Europeo de Derechos humanos, pero que si se acuerda, la argumentación de los tribunales al admitirla o desestimarla no puede nunca basarse en la presunción de inocencia.

En conclusión, los anteriores argumentos me llevan a deducir que los incisos del artículo 294.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no son inconstitucionales, porque no existe argumento alguno que, por exigencias de los textos aplicables en España y reguladores de los derechos humanos, requiera compensación alguna.

7. La indemnización.

La sentencia pretende que se acuerde una indemnización para aquellos casos de prisión preventiva seguida de absolución y/o sobreseimiento, siempre que sea legal y se ajuste a los requisitos establecidos en el artículo 17.2 de la Constitución Española, desarrollados en los artículos 502 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De entrada esta decisión se enfrenta frontalmente con el texto del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial porque eliminados los incisos, la lectura de la norma, como ya se ha dicho, exige la demostración de los perjuicios. La sentencia entiende que la simple detención preventiva seguida de absolución o sobreseimiento es en sí misma un daño objetivo que debe ser compensado, pero con ello se cambia el sistema establecido en el artículo 121 de la Constitución Española que: (i) prevé solo como supuesto de hecho de la indemnización el error judicial o el mal funcionamiento de la administración de justicia, y (ii) transforma la indemnización, como sistema de eliminar los daños causados por una actuación culposa

(responsabilidad por culpa), o por una actuación de riesgo cuyas consecuencias están previstas en la ley (responsabilidad objetiva).

Mi opinión es que se está utilizando de una forma incorrecta la naturaleza de las compensaciones equiparándolas a las indemnizaciones. Las leyes han acordado en numerosas ocasiones compensaciones por daños que no son indemnizables: los casos de la pérdida de cosechas por inundaciones; las compensaciones a las víctimas del terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las Víctimas del Terrorismo; completada por el Reglamento publicado en el Real Decreto 671/2013); la Ley 14/2002, de 5 junio y el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo establecen un sistema de ayudas por determinadas infecciones sanitarias, en los casos de personas afectadas de hemofilia y que hayan sido contaminadas por el virus de la hepatitis C a través de transfusiones o tratamientos con concentrados de factores de coagulación; las indemnizaciones a víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos, reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, varias veces modificada, en todas estas leyes y otras que por brevedad no se citan, no se trata exactamente de un tipo de responsabilidad del Estado, sino de ayudas públicas para personas que hayan sido víctimas de diversas situaciones, delictivas o no, que generan compensaciones a cargo del Estado, sin forzar el ordenamiento constitucional, antes bien, con apoyo en las correspondientes disposiciones constitucionales, el Estado ha acordado compensar de unos daños sufridos que no entran en la categoría de la indemnización, porque no concurre en ellos ninguno de los títulos que hacen nacer la obligación de indemnizar.

Algunos argumentos esgrimidos en las discusiones del Pleno no dejan de ser voluntaristas: la comparación entre la compensación que el sometido a prisión preventiva va a experimentar en el cumplimiento de la pena, ya que se le va a computar el tiempo pasado en dicha situación en el cumplimiento global; o el mal ejemplo de la expropiación, no son útiles para justificar la decisión de acordar una prestación económica “en todo caso” a quienes han sufrido una prisión preventiva legal. En primer lugar, porque el caso de la compensación del tiempo en la prisión preventiva con el cumplimiento de la pena es una consecuencia de la aplicación de la regla ligada al derecho a la libertad y en el caso de la expropiación, lo que se hace es “pagar” el bien expropiado, porque la propiedad cambia de titular.

Entramos, pues, en un ámbito distinto, que no tiene nada que ver con la responsabilidad y la indemnización correspondiente que se genera solo y

exclusivamente por las causas establecidas en el artículo 121 de la Constitución Española, dado que los supuestos en que la administración pública debe indemnizar están taxativamente previstos en el texto constitucional. Por tanto, en la conclusión de la sentencia de la que se discrepa no nos llamamos jurídicamente hablando ante un supuesto de indemnización, sino de compensación, porque compensar no es indemnizar. Indemnizar requiere reparar la totalidad del daño causado, mientras que el sistema que prevé la sentencia que se objeta, únicamente prevé unas cantidades fijas que no van a repararlo.

Pero ello lleva a una última pregunta, que ligaría con el propósito de la sentencia, que en definitiva es la justicia material, en el ámbito de la privación de libertad constitucionalmente correcta, pero que ocasiona un sacrificio irreparable al afectado. Es claro que el legislador, como he dicho antes, ha acordado leyes que incluyen compensaciones, que no indemnizaciones, en determinados supuestos en que el daño no podrá indemnizarse, como ya se ha señalado o bien quien tiene la obligación es insolvente. Por tanto es el legislador y no el Tribunal Constitucional quien está legitimado para acordar este tipo de compensaciones, que no vienen tampoco exigidas por el Tribunal europeo. No corresponde al Tribunal Constitucional actuar como legislador. Al Tribunal Constitucional solo le compete controlar el respeto del legislador a lo establecido en la de la Constitución Española.

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.

54.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 12/11/2019

Unificación de doctrina sobre el abono de prisión provisional sufrida en otra causa que todavía está en trámite.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. D. interesó una nueva liquidación de condena ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Madrid, solicitando el abono a la causa que actualmente cumple (Ejecutoria 1/20XX de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia) de las

medidas cautelares consistentes en: i) prisión preventiva, comparecencias *apud-acta* y privación de pasaporte sufridas en la causa Diligencias Previas seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid, todavía en trámite; y ii) los días de asistencia a juicio en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, Rollo 5/20XX, con sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, dictó Auto en fecha 12 de febrero de 2019 cuya Parte Dispositiva contiene el siguiente pronunciamiento:

“Se acuerda el abono en la ejecutoria 1/20XX de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia VALENCIA que actualmente cumple D. de los siguientes días:

- Los que abarca el período 6-2-2009 al 1.2.2012 como tiempo de prisión provisional sufrido en las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

- 29 días como compensación de 293 presentaciones *apud-acta* efectuadas en dichas Diligencias Previas.

- 15 días como compensación de 60 meses de privación de pasaporte sufrida en las mismas Diligencias Previas.

No ha lugar al abono de los 57 días de asilencia a sesiones de juicio ante la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Se declaran de oficio las costas.

Una vez firme este auto, líbrese testimonio para su remisión a la pieza separada de situación personal de las Diligencias Previas del Juzgado Central de Instrucción 5; y remítase otro a la ejecutoria 1/20XX de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia Valencia, en ambos casos para su constancia y conocimiento”.

TERCERO.- Contra dicho auto, se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal. La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el Rollo de Apelación núm. 00/2019 dictó Auto en fecha 16 de mayo de 2019, resolviendo el recurso de apelación interpuesto, en cuya parte dispositiva se acuerda:

“PRIMERO: ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, REVOCAR el auto de fecha 12 de febrero de 2019 recaído en el expediente de referencia.

SEGUNDO: NO HA LUGAR a computar en la ejecutoria N° 1/20XX, dimanante de nuestro Procedimiento Abreviado los periodos interesados por el penado D. D..

TERCERO: No efectuar especial pronunciamiento en torno al pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada”.

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina por la representación de D. que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acerca de la interpretación que debe darse de los artículos 58 y 59 del Código Penal.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 17 de la Constitución española.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso interpuesto de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 5 de julio de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Para mejor comprensión de la resolución, conviene exponer los antecedentes procesales que conducen a este recurso, donde prácticamente vamos a reiterar el resumen realizado por el Ministerio Fiscal en su informe, en cuanto que coincidente con la exposición del recurrente, aparece más condensado:

El expediente penitenciario de abono de prisión preventiva, se incoa en virtud de la solicitud cursada por el interno, ahora recurrente, en la que demandaba el abono de una serie de medidas cautelares (prisión provisional, 293 comparecencias apud-acta, 60 meses de privación de pasaporte) acordadas en las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, interesando del Juez de Vigilancia que le fueran abonadas en la pena de 13 años y 3 meses de prisión que cumple actualmente en virtud de una causa distinta: la ejecutoria 1/20XX de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dimanante de Procedimiento Abreviado N° 0/2012).

En dichas Diligencias Previas del Juzgado Central de Instrucción n° 5, no existe sentencia firme aún. De dichas Diligencias Previas del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional se desgajó en su día la pieza denominada Valencia 3 o Fitur, cuyo conocimiento ha correspondido al Tribunal Superior de Justicia de Valencia que ha dictado la sentencia firme por la que el recurrente se halla cumpliendo pena de prisión.

El Auto de 12 de febrero de 2019 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n° 1 de Madrid accedió a la solicitud del penado y acordó la estimación parcial de su petición. Según reza literalmente la parte dispositiva del referido auto, se declara el abono de período que abarca desde el 6 de febrero de 2009 al 1 de febrero de 2012, como tiempo de prisión provisional sufrido en las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, 29 días como compensación de 293 presentaciones apud-acta y 15 días como compensación de 60 meses de privación de pasaporte, siempre en el seno de las mismas Diligencias Previas.

Resolución recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal, que fue estimado mediante el auto 42/2019, de 16 de mayo, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que revocó el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y acordó no

haber lugar a computar en la ejecutoria n° 1/20.., Procedimiento Abreviado los periodos interesados por el penado y sufridos en las Diligencias Previas del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional.

PRIMERO.- Contra esta última resolución, formula recurso de casación para unificación de doctrina formalizado por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, la representación procesal de D. D.

1. El recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, es introducido por la Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo, que modificó la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en parca redacción y escaso desarrollo:

Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada

2. El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 22 de julio de 2004, en aras de precisar su alcance y contenido, acordó:

Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada.

Son requisitos de este recurso:

- 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.

Y,

d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario:

a) No es una tercera instancia.

b) Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal “*a quo*”. Y,

c) No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma:

i) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y

ii) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Preparación del recurso: El Tribunal “*a quo*” debe comprobar:

a) Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina;

b) Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y,

c) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal “*a quo*” deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal “*a quo*” –previa audiencia del Ministerio Fiscal– deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (artículo 858 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

Formalización del recurso: Ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de contradicción entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

Decisión del recurso:

Por una Sala compuesta por cinco Magistrados.

Sin celebración de vista. Y, mediante sentencia, que decidirá cuál es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el Tribunal que conozca de este recurso quien no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas por la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme a la doctrina que estime aplicable.

3. Estas consideraciones del Pleno no jurisdiccional de la Sala fueron recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo, 1097/2004, de 30 de septiembre, en la que se describe, que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina 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. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos tácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia).

En consecuencia, expresa la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 105/2016, de 18 de febrero, 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 nun-

ca 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.

De igual modo, en pacífica aceptación, las sucesivas sentencias dictadas por esta Sala, en unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, han seguido dichos criterios.

4. En autos, se interesa unificación de doctrina sobre el artículo 58 y 59 del Código Penal, en relación a la controversia sobre si es posible el abono a una causa en ejecución de pena privativa de libertad, de la prisión provisional sufrida en otra que está todavía en trámite sin que haya recaído sentencia firme; y si también es posible, *mutatis mutandis*, el abono por compensación de otras medidas cautelares (comparecencias apud acta y retirada de pasaporte) además del abono del tiempo padecido en situación de prisión provisional.

Destaca el recurrente, que además, sucede, que la causa en la que fueron acordadas las medidas cautelares se trata de unas Diligencias Previas que siguen en fase de instrucción once años después de haber sido incoadas, pero todas las causas que se le siguen –incluida la P.S. Valencia 3 o “FITUR” que ha dado lugar a la Ejecutoria 1/20XX y a la cual se pretende el abono– dimanar de una común que fue fragmentada.

5. Menciona a favor del abono, el criterio defendido por el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Madrid de 12 de febrero de 2019, luego revocado por la resolución objeto de recurso (fundamentado principalmente, en atención a las circunstancias concretas de caso, dado que con la adición al tiempo de cumplimiento en la ejecutoria que analiza, del abono de la prisión preventiva en la causa pendiente, alcanzaría la cuarta parte de cumplimiento que le permitiría acceder al disfrute de permisos penitenciarios), las siguientes resoluciones.

i) El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2ª) núm. 245/2006, de 30 de mayo de 2006, donde se argumentaba: No es presupuesto de abono, al amparo del párrafo 2, que antes se haya excluido la aplicación del abono en la causa de su adopción. Tampoco exige la ley como presupuesto que se haya constatado que esa prisión cautelar fue injusta por culminación de la causa en que se ordenó mediante resolución absoluta o de condena a pena inferior a la duración de la privación cautelar de libertad.

En cuanto al procedimiento, establece que el abono puede ser de oficio o solicitado por parte y que se oiga al Ministerio Fiscal.

El abono es una medida de justicia que favorece al que la sufre, antes de que una sentencia declare su responsabilidad penal en la causa en que se decreta, ante la eventualidad o realidad de que esta responsabilidad no llegue a ser declarada.

Pero en modo alguno es ese el único fundamento. La prioritaria conveniencia del privado de libertad en serlo a título de condenado respecto de la de serlo a título de preso provisional también justifica la medida. Por eso, cuando coinciden en el tiempo la decisión de prisión provisional en una causa con la de ejecución de pena privativa de libertad en otra, el tiempo se computa en la ejecución y no en la prisión provisional. Y desde luego el condenado pasa a ser penado en cumplimiento, aunque se mantenga vigente la decisión de prisión provisional en otra causa.

ii) El Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª) núm. 14/2018, 19 de Enero de 2018 criterio que esta Sección ha reiterado también en los Autos núm. 6/2018, 11 de enero de 2018 y núm. 710/2017, 30 de enero de 2018, donde se dice que decantar un requisito como en el que se insiste de forma recurrente en la resolución recurrida –que la causa en la que se ordenó el periodo de prisión provisional que se pretende abonar en otra, haya finalizado o por sentencia o por sobreseimiento definitivo– no es posible sin infringir el límite que a la interpretación judicial de la norma penal se establece con claridad en el artículo 4 Código Penal –la aplicación de la regla a supuestos de hecho no contemplados o la adición de elementos normativos o descriptivos no previstos–.

6. El criterio contrario, es el defendido en la resolución recurrida, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 42/2019 de 16 de mayo de 2019, que indica: la causa hoy en ejecución es una causa totalmente independiente, que goza de una total autonomía, aun cuando en sus comienzos pudo haber partido de un tronco común y de otro lado, aunque tuviera ese origen común, no por ello podemos entender que las medidas cautelares que se acordaron inicialmente en el seno de las Diligencias Previas afecten a todas las piezas y testimonios que hayan podido nacer de ellas, ya que comprobamos que tras la inhibición al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 perdió su competencia sobre esos particulares, quedando parte de dichas

diligencias bajo su jurisdicción, como también quedaron vigentes las medidas cautelares acordadas durante su tramitación en méritos a la parte de la causa cuyo conocimiento mantuvo, sin que dicho Tribunal Superior, ni esta Sala asumieran como propia, ni ratificaran esas medidas, ni consecuentemente establecieran ninguna medida de control sobre sus personas, hasta que ante el desarrollo de la causa, particularmente haberse abierto la fase de enjuiciamiento y recaer sentencia se decidieron adoptar directamente en el seno de la causa hoy en ejecución.

Y cita en apoyo de su criterio, el Auto de esta Sala, núm. 1631/2014 de 9 de octubre de 2014 (Rec. 10562/2014) y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 70/2007 de 31 de enero.

La Sentencia del Tribunal Supremo 70/2007 de modo tajante indica:

En todo caso, el abono de la prisión preventiva en causa distinta de aquella en la que se decretó es procedente. Bien en el caso de que en ésta fuese absuelto el acusado, o bien de que la pena privativa de libertad impuesta en la misma fuese de menor duración que la prisión preventiva sufrida: pues, de no hacerse así, se habría causado un indudable perjuicio al penado, que, de no tener otra u otras ejecutorias pendientes, podría demandar, en su caso, la correspondiente compensación por la vía de los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Llegados a este punto, es preciso tener en cuenta que, como hemos dicho, el abono de la prisión preventiva en la propia causa en la que se decretó tal medida cautelar constituye una real de aplicación absoluta, que opera “*ope legis*”, de forma automática, incluso, aunque en el fallo de la sentencia condenatoria no se consigne de modo expreso (v. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1966); de tal modo que lo único pendiente en relación con dicho abono no puede ser otra cosa que la liquidación de condena que deberá hacerse en la correspondiente ejecutoria. Quiere ello decir que la firmeza de la sentencia condenatoria, en la que se imponga al acusado una pena privativa de libertad por tiempo igual o inferior a la prisión provisional sufrida en la propia causa, supone la aplicación automática de ésta para el cumplimiento de la condena. Los términos de la ley son claramente imperativos (el tiempo de la prisión preventiva “será abonado en su totalidad”). El penado tendrá que cumplir, en su caso, el tiempo que le reste por cumplir (la diferencia entre el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta y el de la prisión preventiva); pero

si el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta fuera igual al de la prisión preventiva, la firmeza de la sentencia, sin necesidad de más trámites, supondrá la extinción de la responsabilidad criminal del condenado (v. artículo 130.2° C. Penal).

En el Auto del Tribunal Supremo núm. 631/2014, donde también se cita la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 70/2007, al analizar la cuestión aquí suscitada, también precisa: En cualquier caso, el abono pretendido carece de sustento, pues, como razona la resolución recurrida, la prisión provisional acordada en el procedimiento seguido ante el Juzgado Central de instrucción habrá de ser abonada en su totalidad” para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada” como determina el artículo 58 del Código Penal, que invoca el recurrente, “salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella”, lo que habrá de verificarse en el momento de procederá su abono. Momento que aún no ha llegado en tanto que el procedimiento en que se acordó la prisión provisional, seguido ante el Juzgado Central de Instrucción, se encuentra en trámite.

SEGUNDO.- 1. El abono de la prisión preventiva, tiene una inicial y exigua previsión en el Código Penal de 1822, cual era que seis meses de arresto o prisión provisionales se abonaban por tres meses de obras públicas o cuatro de reclusión o presidio; a pesar de ello no tuvo continuidad en los códigos penales decimonónicos.

El siguiente texto normativo que lo contempla, es el Real Decreto de 9 de octubre de 1853 mandando que en lo sucesivo los que fueren sentenciados a penas correccionales, se les abonara para el cumplimiento de sus condenas la mitad del tiempo que hubiesen permanecido presos, si bien con notables restricciones para reincidentes y delitos contra la propiedad; lo que facilitó que la doctrina calificase esta norma de “mezquina y complicada”.

Es la Ley sobre abono de tiempo de prisión preventiva en causas criminales, de 17 de enero de 1901, donde por primera vez, con carácter general se dispone, desde donde pasa ya a los sucesivos Códigos de 1928 (que si bien extiende el abono de la totalidad de la prisión preventiva sufrida a todas las penas privativas de libertad excepciona los supuestos de multirreincidencia donde computa únicamente la mitad), 1932, 1944 y 1995, hasta

llegar tras diversas reformas a la actual redacción del vigente artículo 58, que no es ajena a las sucesivas ampliaciones interpretativas por la jurisprudencia de esta Sala, además de incorporar la última reforma la restricción del doble cómputo que la jurisprudencia constitucional posibilitaba:

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

2. La referida Ley de 1901, sobre abono de tiempo de prisión preventiva en causas criminales, no fue objeto de derogación expresa y se ha entendido pacíficamente por la jurisprudencia, vigente, en cuanto a determinados preceptos procesales, que no devenían incompatibles con el contenido de las sucesivas reformas acaecidas, de modo que se admite el recurso de casación contra las resoluciones que aprueban liquidaciones de condena; incluso hasta la reforma de 2003, también si era por Auto donde se abonaban privaciones de libertad sufridas en causa diversa a la ocasionada por la ejecutoria donde se practica la liquidación.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1449/1998, 27 de noviembre, enseñaba que “si bien es cierto que en la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se autoriza expresamente que contra este tipo de autos dictados en ejecución de sentencia resolviendo sobre el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa pueda interponerse recurso de casación, también lo

es que la referencia a la “ley” no se limita necesariamente a la Ley de enjuiciamiento y en el caso actual el artículo 4º de la Ley de 17 de Enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva en causas criminales, autoriza la formulación del recurso, debiendo considerarse vigente dicha norma en lo que se refiere al ámbito procesal”.

El referido artículo 4º de la Ley de 17 de Enero de 1901, establece que:

«Los Tribunales harán aplicación de las anteriores prescripciones –el abono de la prisión preventiva– en la parte dispositiva de la sentencia que dictaren, y los funcionarios del Ministerio Fiscal las tendrán en cuenta para solicitaren sus conclusiones, acerca de este extremo, lo que sea procedente».

«Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo sexto, artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal».

La alusión al párrafo sexto, obedece a la redacción original de la norma, pero se entendió que esa disposición equivale al actual párrafo 1º del artículo 849, esto es, el *error iuris* como primero de los motivos de casación por infracción de ley, por cuanto no entraña sino una concreción de esa infracción, en aquel caso referida a la extensión de la pena (vd. Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2013, de 12 de septiembre).

No obstante, a efectos de esta resolución, no menor relevancia tiene el párrafo primero del artículo, que muestra como el abono de la prisión preventiva, desde su inicio (también en el Real Decreto de 1853, artículo 3), se contempla como actividad propia del Tribunal sentenciador, hasta el extremo de considerarlo parte integrante del contenido dispositivo de la sentencia. Idea que persiste y se mantiene sin fisuras en la jurisprudencia.

3. El parco texto del artículo 33 del Código Penal anterior (que apenas varía respecto del texto previsto en el Código Penal de 1932): el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena cualquiera que sea la clase de la pena impuesta; no contemplaba pues, que el tiempo sobrante de prisión provisional en caso de que el proceso no concluyera con condena firme, concluyera con pronunciamiento absolutorio o imposición de pena de menor duración, pudiera abonarse en causa diversa, fue objeto de una interpretación extensiva, por la jurisprudencia de esta Sala, al admitir el abono cuando el procedimiento en el que se adoptó la

citada medida cautelar se dictó sentencia absolutoria, o condenatoria pero imponiendo una pena de duración inferior al período en el que el condenado permaneció privado cautelarmente de libertad; al entender en beneficio del reo, “la posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza (vd. por todas Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de enero de 1991, 13 de marzo de 1993, 2 de julio de 1993 ó 26 de abril de 1994).

Jurisprudencia de la que se hizo eco el legislador de 1995, al redactar así el inicial artículo 58.1 Código Penal:

El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

Donde la redacción es contundente: i) El abono de la privación de libertad, se hará en su totalidad, en la causa en que dicha privación haya sido acordada; ii) solo cuando existe sobrante o excedente de preventiva, es decir, aquel que no haya podido ser abonado en la causa donde se acordó, en su defecto, se puede abonar en ulteriores condenas, si se cumple el requisito temporal de contemplar hechos anteriores al ingreso en prisión que determina el período que se abona, con las extensivas matizaciones jurisprudenciales realizadas en su interpretación.

4. Ciertamente, la Ley Orgánica 15/2003, otorga una nueva redacción al precepto, donde además de mantener el referido requisito temporal para el abono en diversa causa, establece:

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

Donde, no explicita que el abono provisional en causa diversa sea en defecto de la posibilidad de hacerlo en la misma causa donde se sufrió; pero necesariamente lo impone, al seguir exigiendo que el abono de la privación de libertad sufrido provisionalmente, sea abonado: i) totalmente, no parcial o fraccionadamente; ii) por el tribunal sentenciador, no el de vigilancia; y iii) en la causa en que dicha privación fue acordada, no electivamente en cualquiera otra.

Contenido que no varía tras la reforma operada en el apartado primero por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde simplemente se complementa la anterior redacción para evitar el doble computo que la jurisprudencia constitucional posibilitaba (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril) y en su consecuencia Jueces y Tribunales observaban.

5. La reforma de 2003, sí tuvo unas consecuencias competenciales de calado, pues bifurcó el régimen competencial para resolver sobre el abono de la prisión preventiva con arreglo al siguiente criterio: a) aquella que haya sufrido el penado en la misma causa por la que ha resultado condenado, será abonable, en su caso, mediante resolución dictada por el Juez o Tribunal sentenciador; b) el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en la que fue acordada, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado.

En directa consecuencia, el régimen de recursos también varió; y así (vd. por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2013, de 7 de enero de 2014):

i) Cuando el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente haya de abonarse en la misma causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, la decisión del Juez de lo Penal (o Juez Central de lo Penal) será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), resolviendo así la impugnación sin ulterior recurso. Si la resolución cuestionada ha sido dictada por la Audiencia Provincial (o Audiencia

Nacional), en su condición de órgano sentenciador, el auto será recurrible en casación con arreglo a las previsiones de la Ley de 17 de enero de 1901.

ii) Cuando se trate de abonar la prisión provisional en causa distinta a aquella en la que se hubiere decretado, la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional). Contra esta decisión cabrá interponer recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (artículos 58 Código Penal, Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, apartado 7º y acuerdo de pleno no jurisdiccional 22 julio 2004).

Sin que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha venido a implantaren nuestro sistema procesal penal el sistema de la doble instancia e introduciendo ciertas modificaciones en la regulación del recurso de casación, no ha modificado el diseño de los recursos expuestos para los supuestos de abono de la prisión preventiva.

De modo, que se atribuye al Tribunal sentenciador, el abono en su totalidad, del tiempo de privación de libertad sufrido en la causa; y consiguientemente, sólo el sobrante, en defecto de poder abonar todo el tiempo de prisión provisional en la causa que se acordó, cumplido el requisito temporal, se puede abonaren otra causa. De modo que un abono acordado por Juez de Vigilancia del tiempo de prisión acordado en causa pendiente, supone resolver sobre materia atribuida inicialmente, al Tribunal sentenciador que conozca del enjuiciamiento donde la prisión se acordó; y además hacerlo en momento no tempestivo, pues al no haber recaído sentencia o resolución de sobreseimiento firmes, no es dable la comprobación de la falta de abono.

Del mismo modo, que no cabe al Tribunal sentenciador aprobar períodos de abono por privación de libertad padecidos en otra causa, al residir esta competencia en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, con independencia de que los períodos así aprobados por el Juez de Vigilancia, deban ser computados en la liquidación de condena que apruebe el Tribunal sentenciador.

TERCERO.- Relegar a criterio del penado, la elección de entre todas las causas que se le siguen, concluidas o pendientes, donde se abone una

prisión preventiva sea cualquiera la causa donde se hubiere sufrido, conlleva además, pues como indica el Ministerio Fiscal, alterar las consecuencias de instituciones como el indulto o la suspensión de la ejecución de la pena, donde uno de los motivos que incide frecuentemente en su concesión, es el tiempo privado de libertad en la causa correspondiente. Otro tanto puede predicarse de la prescripción de la pena, donde, como explica con sencilla lógica la Sentencia del Tribunal Supremo 70/2007, de 31 de enero, la firmeza de la sentencia conlleva el abono automático de la prisión provisional sufrida por el condenado para el cumplimiento de las penas impuestas, de tal modo que la ulterior prescripción de dichas penas alcanzaría únicamente a la parte pendiente de cumplimiento.

Y así, se plasmó en los Acuerdos por Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, cuyo texto reseña el Ministerio Fiscal, en su informe. Valga citar, por su plasticidad, el 147 de los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018, aprobado por unanimidad:

El abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en que se generó solo cabe respecto de causas en que la sentencia es absolutoria o condenatoria con exceso de cumplimiento.

No cabe el abono de la prisión preventiva sufrida en una causa distinta a aquella en la que se generó cuando dicha prisión preventiva proceda de una pena suspendida, prescrita o sustituida.

El abono de la prisión preventiva en la propia causa en que se decretó tal medida cautelar constituye una regla de aplicación absoluta que opera “*ope legis*” de forma automática, incluso aunque en el fallo de la sentencia condenatoria no se consigne de modo expreso (Sentencia del Tribunal Supremo 17/11/66 y 31/01/07).

CUARTO.- Consecuentemente, tampoco es dable el abono pretendido del resto de las medidas cautelares, donde opera *eadem rationis*; ni tampoco media el quebranto al derecho a la libertad invocado, ex artículo 17 de la Constitución Española, cuando se trata de supuesto previsto en la ley, el artículo 58 Código Penal; pues en cuanto la privación de libertad se ajusta a la normativa penal estará en armonía también por definición con el citado precepto constitucional.

QUINTO.- De lo expuesto, se concluye que esta Sala debe unificarla discrepancia en el sentido de entender correcto el criterio mantenido por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Auto núm. 42/2019 de 16 de mayo de 2019, dictado en su Rollo de Apelación, entendida en el modo expuesto en los anteriores fundamentos.

FALLO

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

Declaramos que procede unificar la discrepancia formulada, señalando como doctrina legal unificada que no es posible el abono en una ejecutoria, de la prisión preventiva o medidas cautelares, adoptadas en otra causa que aún se halla en tramitación, sin haber concluido definitivamente.

CAPÍTULO X

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

55.- AUTO DE AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA DE FECHA 05/06/2019

Se desestima recurso contra auto de refundición. No se acredita que una de las causas incluidas en la misma esté liquidada y licenciada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La procuradora, en representación de Don M., presentó un recurso de apelación contra el auto de 17 de diciembre de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Galicia (Pontevedra), por la cual se desestima el recurso de reposición contra el auto del 5 de octubre que aprobó el proyecto de refundición de condena propuesto por el centro penitenciario. El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurrente no está de acuerdo con el proyecto de refundición de condena aprobado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Este proyecto fue elaborado por el Centro Penitenciario de A Lama el 20 de agosto de 2018 e incluye las siguientes condenas:

- Ejecutoria XX/1998 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra.
- Ejecutoria 3XX/2009 del Juzgado Penal número 32 de A Coruña.
- Ejecutoria XX/2015 del Juzgado de lo Penal número 1 de Pontevedra.
- Ejecutoria 2XX/2016 del Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo.

En dichas condenas, se abonaban los períodos correspondientes que figuran en su hoja penitenciaria y se unían al expediente las liquidaciones de condena de cada una de las ejecutorias.

El motivo de oposición que expone el recurrente se basa que no se tuvieron en cuenta los días correspondientes a las redenciones ordinarias y extraordinarias abonables al interno en la ejecutoria 50/1998 y que son anteriores al 25 de mayo de 1996. Además, alega que, cuando se realizó el proyecto de refundición (el 20 de agosto de 2018), el penado ya había cumplido la pena correspondiente a esa ejecutoria 50/1998 y por tanto, debe excluirse de la refundición por estar cumplida desde el día 4 de julio de 2016 (según la liquidación de condena). Subsidiariamente, en caso de que se considere que debe incluirse en la refundición esa ejecutoria 50/1998, solicita que se abonen los días que el interno tiene reconocidos por redenciones ordinarias y extraordinarias.

Segundo. Ninguno de los motivos puede prosperar.

El artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, establece que, cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de ellas será considerada como una sola condena a efectos de la aplicación de la libertad condicional y que, si dicho penado es objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total. Esta norma enlaza con el artículo 75 del Código Penal que regula la denominada doctrinalmente acumulación aritmética o “refundición”, distinta de la acumulación jurídica (artículo 76 del Código Penal). La refundición pretende transformar todas las condenas que deba cumplir el ejecutado en una única condena, a la cual se aplicarán los descuentos que procedan. Una vez practicada la refundición de condenas, las condenas individuales y sus liquidaciones pierden su identidad y nace una nueva y única, que es la refundida.

El auto de la Audiencia Provincial de Logroño, Sección 111, de fecha 1 de junio de 2017, refleja que:

El auto impugnado realiza el cómputo o suma de todas las penas impuestas al penado recurrente, tras realizar en cada una de ellas el abono de los días de detención policial y prisión preventiva, en virtud de las liquidaciones de condena realizadas por los órganos sentenciadores, y que constan incorporadas al presente expediente, teniendo la refundición de

condenas aprobada por el Juzgado *a quo* su origen en una propuesta elevada por el Centro Penitenciario (que cuenta con toda la información relativa a la situación, penal y penitenciaria del interno) y que en el caso que nos ocupa no implica sino una mera acumulación de naturaleza matemática de una serie de condenas ya firmes y transformadas en la correspondiente ejecutoria; ello, sin perjuicio de que, de recaer nuevas condenas firmes, la refundición aprobada y objeto de recurso pueda ser dejada sin efecto y sustituida por otra que tenga en cuenta las nuevas condenas, precisamente por esa naturaleza meramente matemática [...].

Por otro lado, el auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha del 8 de noviembre de 2011 también recoge esta naturaleza de la refundición al decir que:

[...] el tratamiento penitenciario es el instrumento esencial para conseguir la plena reintegración del individuo a su medio social, en condiciones adecuadas para vivir de manera pacífica respetando las normas de convivencia y los derechos de las personas. De ahí el derecho que tiene el condenado a penas privativas de libertad a recibir tratamiento, es decir, a que se pongan a su disposición los medios necesarios para conseguir su reintegración plena a una vida futura en libertad. Pues bien, desde esta perspectiva, y a la vista del tenor literal del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario, no hay duda alguna de que en el caso de que el penado haya de cumplir varias condenas, han de sumarse todas ellas, considerándose como una sola a los efectos de la aplicación de la libertad condicional, pero desde un punto de vista integrador, esa unidad de pena habrá de entenderse referida a todos los efectos penitenciarios, incluyendo el licenciamiento definitivo. Es decir, todas las condenas se enlazan y se convierten en una sola sobre la que habrá(n) de computarse las tres cuartas partes o las dos terceras partes.

Continúa diciendo este auto de la Audiencia Provincial de Salamanca que:

En el supuesto contemplado, pedido el licenciamiento de una condena, antes del mismo llegó una segunda condena, por lo que es claro que estando cumpliendo una condena se tuvo noticia de otra, con la consiguiente posibilidad de refundición de ambas. La situación creada, tras el licenciamiento definitivo de la primera, ha de resolverse, so pena de incidir en una restricción de derechos del interno, suponiendo que la causa licenciada no

lo ha sido, a los efectos del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario. Es este el mismo criterio que sigue el Tribunal Supremo cuando establece el límite de condena de artículo 76 del Código Penal. Aunque existan condenas ya licenciadas éstas deben incluirse para fijar el límite de cumplimiento; en sus propias palabras, “el hecho de que se haya concedido al penado el licenciamiento definitivo pro casi todas las penas cuya acumulación se pretende no constituye obstáculo insalvable para la limitación penológica solicitada en caso de que realmente procediese la refundición, pues la dispersión de los procesos de los que traen causa las condenas y la mayor o menor celeridad en su tramitación no pueden dificultar o impedir el beneficio normativo que supone rebajar el límite temporal de máximo cumplimiento de las penas.

El requisito principal para proceder a la refundición de condenas es que se trate de penas liquidadas y no licenciadas.

Así lo recoge el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, 174/2011 de fecha 24 de marzo de 2011, al decir que:

Y si ello es así, con los datos obrantes en el testimonio remitido que son en síntesis los citados, procede pronunciarse en sentido contrario a las pretensiones del recurrente, o lo que es lo mismo, en línea de no dar lugar a la refundición de condenas. Es requisito imprescindible para la acumulación material de condenas del artículo 193.2º del Reglamento Penitenciario que las mismas no estén licenciadas, esto es, que se estén cumpliendo: sólo cabe refundir una causa en la que ya se ha aprobado la libertad definitiva si dicha aprobación se deja sin efecto de forma previa para posibilitar la ulterior refundición. Nada de ello consta en el presente expediente; más bien, lo contrario, las causas que se quieren refundir a los efectos del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario, constan como definitivamente licenciadas, con anterioridad incluso a la apertura de la causa ejecutoria por la que se halla cumpliendo condena; y sobre dichos licenciamientos definitivos en las fechas en que lo fueron, no hay cuestionamiento alguno.

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 6ª en un auto de fecha 26 de mayo de 2017 recoge lo siguiente:

La refundición, material de las condenas privativas de libertad corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria teniendo como único presupuesto que se trate de penas liquidadas y no licenciadas (...).

El Auto del Tribunal Supremo 7749/2016, del 7 de julio de 2016, señala que:

[...] el Reglamento Penitenciario requiere para que se proceda a la acumulación de condenas a efectos de la libertad condicional “que el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad”. La interpretación literal y lógica, de tal expresión indudablemente ha de llevar a la conclusión de que, al hablar de las condenas que el penado sufra, tan solo pueden referirse a aquellas que efectivamente se hallan vigentes, quedando por tanto excluidas aquellas que, cualquiera que fuera la causa no estuvieran en vigor, añadiendo que “si al tiempo de iniciar el cumplimiento de la nueva condena aún no se había producido el licenciamiento definitivo de las Ejecutorias dictadas [...] es patente que éstas se hallaban en vigor en ese momento.

Habida cuenta de la doctrina anterior, el recurso no puede prosperar, porque en el expediente no figura que en la ejecución 50/1998 se hubiese producido el licenciamiento definitivo: en la liquidación de condena de esta ejecutoria unida al expediente figura como fecha de cumplimiento una fecha anterior al día en el que realiza el proyecto de refundición; se entiende que en esa fecha al centro penitenciario no le constaba que se hubiese producido el licenciamiento definitivo y se desconoce, por no haberlo acreditado el recurrente, si esa condena estaba liquidada y licenciada. Ante esta situación, no cabe otra cosa que incluir esa ejecutoria en la refundición, aunque, como hace la propuesta, se descuenten todos los días que ya se han cumplido de ella.

Tampoco puede prosperar la alegación subsidiaria que consiste en que se incluyan en el proyecto de refundición y se abonen los días que el interno tiene reconocidos con redenciones ordinarias y extraordinarias. Las redenciones aprobadas se integran en el llamado “patrimonio penitenciario” del interno y deben producir la reducción de la pena. Esta cuestión no puede ser tratada en este recurso porque no consta en el expediente el reconocimiento de esas redenciones; el centro penitenciario no las incluyó en su propuesta de refundición porque no figuraban en las liquidaciones de condena sobre las que hace la refundición; se limitó a realizar una refundición material o suma de las condenas impuestas al penado en distintas ejecutorias partiendo de las liquidaciones individuales de condena, abonando los días de privación de libertad que padeció en cada causa (que se recogen en las liquidaciones) y tomando como fecha de inicio del cumplimiento la

de la primera responsabilidad y, como fecha de licenciamiento, la prevista para la última. Eso no es obstáculo para que como hace posteriormente el centro penitenciario en la hoja de cálculo normal del día 25 de octubre de 2018, se descuenten los días de redención sobre el día de licenciamiento recogido en la refundición y permitir que el licenciamiento efectivo se produzca con anterioridad a la fecha fijada.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por M, contra el auto de 17 de diciembre de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Galicia (Pontevedra) que se confirma.

56.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 1 DE FECHA 17/01/2019

En base al principio de especialidad en la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega, deben excluirse de la refundición las condenas que no se deriven de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el interno, con ocasión de la visita efectuada por la Comisión Judicial de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Aragón, al Establecimiento Penitenciario el día 2 de agosto de 2018, se incoaron las presentes actuaciones, dadas las manifestaciones vertidas por el interesado, respecto al cumplimiento de sus condenas y aplicación del principio de especialidad y Orden Europea de Detención y Entrega librada por las Autoridades Judiciales Españolas.

Se interesaron informes al Centro Penitenciario de Daroca, sobre su situación penal y penitenciaria, así como si existía Orden Europea de Detención y Entrega en vigor; hoja de cálculo, sentencias, liquidaciones de condena y cualquier circunstancia de interés.

SEGUNDO.- De todo ello se dio traslado al Ministerio Fiscal, con el resultado que consta en las actuaciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Estando regulada en el artículo 60 de la Ley de Reconocimiento Mutuo la aplicación del principio de especialidad a la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega, en su punto segundo, impide no solo la condena o privación de libertad de la persona entregada a España, por infracción cometida antes de su entrega, distinta de la que hubiere motivado esta, salvo autorización del Estado de Ejecución.

Dada la petición del interno y documental que cuenta en las actuaciones, se infiere que por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Almería, en el Sumario 20/2008 que se encontraba instruyendo por presunto delito de Violencia, hoy Ejecutoria XX/16 seguida ante la Audiencia Provincial de Almería Sección 1ª, se emitió Orden Europea de Detención y Entrega.

Por las Autoridades de Rumania se entregó al interesado, ciudadano rumano, a la cual consintió el interno, si bien consta no renunció a la regla de Especialidad. Llegó a España el día 13-05-15 y tras las correspondientes actuaciones por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, se dictó mandamiento de prisión.

En tiempo previo, fecha 21-02-11 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, por unos hechos relativos al día 20 de octubre de 2008, y se le condenó como autor de un delito de Robo con Fuerza en grado de tentativa a la pena de seis meses de prisión y accesorias. Una vez en España se practicó liquidación de condena, con fecha de inicio de cumplimiento el día 10-06-15 y fecha de cumplimiento 06-12-15.

Con fecha 8 de junio de 2015, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Almería, por unos hechos cometidos el día 20 de octubre de 2008, y se le condenó como autor de un delito de Robo con Violencia en grado de tentativa, y una falta de lesiones, se le impuso la pena de 1 año de prisión por el delito y multa por la falta, más accesorias y responsabilidad civil. Se practicó liquidación de condena, con fecha de inicio 07-12-15 y fecha de cumplimiento 20-12-16.

Con fecha 6 de junio de 2012, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Almería, por unos hechos cometidos el día 20 de mayo de 2012, fue condenado como autor de un delito de Atentado, un delito de Lesiones, imponiéndole por el delito de Atentado 1 año de prisión, y por el delito de Lesiones 8 meses de prisión, con accesorias y responsabilidad civil en el delito de Lesiones. Se practicó liquidación de condena, con fecha de inicio de cumplimiento el día 21 de diciembre de 2016 y fecha de cumplimiento el día 15 de agosto de 2018.

Por último, y en relación a la causa por la que se emitió la Orden Europea de Detención y Entrega, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Almería, se dictó sentencia en fecha 4 de abril de 2016, que fue objeto de recurso de casación y por la Sala II del Tribunal Supremo, se dictó sentencia en fecha 18-11-16 por la que se le condenaba a 6 años de prisión, como autor de un delito de consumado de Violación y a la pena de 2 años de prisión como autor de un delito de Robo con violencia, más accesorias y responsabilidad civil. Se practicó liquidación de condena, con fecha de inicio de cumplimiento 16 de agosto de 2018 y fecha de cumplimiento el día 25 de junio de 2026, con abono en concepto de preventiva, desde la fecha de detención en Rumania 13 de mayo de 2015, hasta el día 9 de junio de 2015.

Y vista la situación descrita, por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Aragón, se dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para Informe, en relación a la pretensión del interesado, que indicó que el penado no había renunciado al principio de especialidad, por lo tanto únicamente consintió su traslado a España, en relación al enjuiciamiento por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Almería, en el Sumario XX/2008 que se encontraba instruyendo por presunto delito de Violación, hoy Ejecutoria XX/16 seguida ante la Audiencia Provincial de Almería Sección 1ª y a la que se ha hecho referencia y por tanto era la única Ejecutoria que legalmente podía cumplir en la actualidad, y que motivo la entrega, y que esta proveyente es del mismo parecer, por lo que debe dejarse sin efecto la correspondiente Refundición de Condenas realizada y las liquidaciones de condena practicadas en las citadas Ejecutorias, para la práctica de una nueva liquidación de condena por la Audiencia Provincial de Almería Sección 1ª, con abono de los días de detención en Rumania, desde el día 24-04-15 al 13-05-15 fecha en que se hace entrega a las autoridades judiciales españolas, según consta en las actuaciones y periodo de prisión provisional

hasta posibilidad de inicio de cumplimiento de la citada condena y sin perjuicio de considerar esta proveyente, que por los citados órganos judiciales cuyas Ejecutorias se excluyen, pudieran solicitar la correspondiente autorización al Estado de Rumania.

Visto cuanto antecede,

PARTE DISPOSITIVA

HE DECIDIDO.- Estimar la pretensión formulada por el interno en el Centro Penitenciario de Daroca, y considerar que en estos momentos únicamente puede cumplir legalmente en España, a salvo lo dispuesto anteriormente, la Ejecutoria seguida ante la Audiencia Provincial de Almería Sección 1ª por las razones expuestas, en consecuencia debe dejarse sin efecto la Refundición de Condenas realizada y las correspondientes liquidaciones de condena, para la práctica de una nueva liquidación en la Ejecutoria seguida ante la Audiencia Provincial de Almería Sección 1ª con abono de los días de detención en Rumania, desde el día 24-04-15 al 13-05-15, fecha en que se hace entrega a las autoridades judiciales españolas, según consta en las actuaciones y periodo de prisión provisional hasta posibilidad de inicio de cumplimiento de la citada condena y sin perjuicio de considerar esta proveyente, que por los citados órganos judiciales cuyas Ejecutorias se excluyen, pudiera solicitarse la correspondiente autorización al Estado de Rumania; sin costas.

CAPÍTULO XI

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

57.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN Nº 15 DE FECHA 14/01/2019

No se vulnera el principio non bis in idem al no constar sanción previa por el no reingreso de permiso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Getafe, con fecha 17 de abril de 2018, se dictó sentencia cuyos “HECHOS PROBADOS” dicen:

“Queda probado que el acusado, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, salió del centro penitenciario Madrid VI, donde se hallaba cumpliendo condena, en uso de un permiso penitenciario ordinario de salida por un total de doce días, concretado en tres permisos de 4 días cada uno, concedido por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 25 de agosto de 2013, a las 18’03 horas, no reincorporándose en la fecha prevista, el día 29 de agosto de 2013 a las 17’00 horas, sin causa justificada, haciéndolo forzosamente tras su detención policial el día 19 de febrero de 2016.

La causa ha estado paralizada por causas ajenas a la voluntad de la acusada desde su remisión a este Juzgado en fecha 11-10-2016, hasta la diligencia de ordenación por la que se señala fecha para juicio, de 6-2-2018, refiriéndose a hechos sucedidos en agosto de 2013”.

Y cuyo “FALLO” dice:

“QUE CONDENO a J., como autor responsable de un DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de SEIS MESES DE MULTA, CON UNA CUOTA DIARIA DE 3 EUROS (540 EUROS), con responsabilidad

personal subsidiaria en caso de impago, consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Las costas procesales causadas en el presente juicio se imponen al condenado”.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes personadas, por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de J., se interpuso el recurso de apelación que autoriza el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicitando la revocación de la sentencia y la libre absolución del recurrente, alegando, como único motivo: vulneración de la tutela judicial efectiva y el principio *non bis in idem*.

TERCERO.- Admitido el recurso y efectuado el correspondiente traslado a las demás partes, por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de impugnación, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la sentencia impugnada, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de J. impugna la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Getafe, en la que se condena al recurrente como autor de un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal.

El único motivo de impugnación (vulneración de la tutela judicial efectiva y el principio *non bis in idem*) se desarrolla con las siguientes alegaciones:

El recurrente ha declarado que, cuando se incorporó a la prisión, lo pusieron en aislamiento 10 días, y ello ha sido corroborado por unos de los funcionarios de prisión, que ha manifestado que el castigo para los que no se reincorporan después de su permiso, es el aislamiento.

Por lo tanto, debe aplicarse el principio *non bis in idem*, que prohíbe que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, en los casos en

que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento, sin que haya una supremacía especial de la jurisdicción penal sobre la administrativa, según ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 .

SEGUNDO.- El recurso no puede ser estimado.

Alega el recurrente la vulneración del principio *non bis in idem*, al haber sido sancionado en el centro penitenciario con varios días de aislamiento, por su no reincorporación al finalizar el permiso de salida, sino meses más, cuando fue detenido, por lo que estima que, en virtud de dicho principio, debe ser absuelto del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, por el que resulta condenado en la sentencia apelada.

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 2/2003, de 16 de enero, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero, se ha reconocido que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (artículo 25.1 de la Constitución Española) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (Sentencia de Tribunal Constitucional 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las Sentencias de Tribunal Constitucional 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

a) La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental (Sentencia de Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, Sentencias de Tribunal Constitucional 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (Sentencia de Tribunal

Constitucional 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (Sentencia de Tribunal Constitucional 154/1990, FJ 3).

La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (Sentencias de Tribunal Constitucional 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (Sentencias de Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y Auto del Tribunal Constitucional 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

b) En el mismo orden de consideraciones, este Tribunal ha efectuado varios pronunciamientos en relación con otra de las garantías cobijadas en la prohibición de incurrir en *bis in idem*. De un lado, este Tribunal ha ubicado en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva la garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto. Así, en la Sentencia de Tribunal Constitucional 159/1987, de 26 de octubre, declaramos la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que “en el ámbito... de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme” (FJ 2), pues, además, con ello se arroja sobre el reo la “carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional” (FJ 3).

Con un fundamento similar, en la Sentencia de Tribunal Constitucional 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que “la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 954 y siguientes solo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales”. A ello añadimos “que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución nor-

teamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (double jeopardy). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión ‘contra reo’: evitar que el ciudadano sea ‘víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado’, evitarle las ‘vejeciones’ que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de ‘ciudadano de un pueblo libre’”.

En aplicación de esta garantía, situándola en el marco de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, hemos considerado que no cabe reabrir un proceso penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en *bis in idem* (Auto del Tribunal Constitucional 1001/1987, de 16 de septiembre, FJ 2); hemos declarado carente de fundamento la alegación relativa a haber incurrido en *bis in idem* al haberse sustanciado dos procedimientos penales, pues solo existía una coincidencia parcial entre los hechos enjuiciados (Auto del Tribunal Constitucional 329/1995, de 11 de diciembre); y hemos afirmado, igualmente, la ausencia de lesión de esta garantía, por las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición solicitada, bien porque no constaba que se hubiera dictado en España “sentencia alguna definitiva en relación con el caso” (Sentencia de Tribunal Constitucional 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4), bien porque se entienda que, en la medida en que el objeto del procedimiento extradicional no reside en efectuar un pronunciamiento condenatorio, no puede haber reiteración sancionadora (Sentencia de Tribunal Constitucional 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; Auto del Tribunal Constitucional 90/1985, de 6 de febrero).

En definitiva, hasta ahora este Tribunal solo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (Sentencia de Tribunal Constitucional 159/1987, de 26 de octubre; Auto del Tribunal Constitucional 1001/1987, de 16 de septiembre), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores –administrativo y penal– que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en

el marco de este derecho (Sentencia de Tribunal Constitucional 98/1989, de 1 de junio; Autos del Tribunal Constitucional 600/1987, de 20 de mayo; 413/1990, de 26 de noviembre).

c) Junto a esta vertiente, este Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio, que, de conformidad con la Sentencia de Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal. En efecto, en esta Sentencia (FJ 2) declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el artículo 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiendo a “las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos”. Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución Española, en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia: “a) el necesario control *a posteriori* por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”.

d) El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en *bis in idem*, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España (“Boletín Oficial del Estado” de 30 de abril de 1977)– dispone que

“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

De otra parte, también el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque no ha sido ratificado por España –pero sí firmado–, reconoce este derecho con un contenido similar. Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno. Este artículo establece: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada”. A los efectos de la aplicación de las garantías del proceso justo (artículo 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984, caso *Öztürk c. República Federal de Alemania*); y a los efectos del artículo 4 del Protocolo 7 Convenio Europeo de Derechos Humanos equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*; de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*; de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*; de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*).

La misma sentencia argumenta que, de darse la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos requerida como presupuesto para la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, no se quebranta esta por el hecho de que se haya impuesto una condena penal después de una sanción administrativa, siempre que esta sea tomada en consideración para descontarla de la pena en fase de ejecución, pues, desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir

el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal –la no suspensión del expediente administrativo [...], ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador.

En el caso que nos ocupa, es evidente que no hay prueba alguna de la previa sanción impuesta al recurrente en el centro penitenciario. El funcionario de instituciones penitenciarias que declaró en el juicio manifestó que era posible que se le hubiese impuesto, pero que no lo recordaba, y no se ha presentado por la defensa ningún documento u otro medio probatorio que avale lo manifestado por el acusado. Por lo tanto, no puede apreciarse la vulneración del principio *non bis in idem*, lo que no excluye la posibilidad de que, en fase de ejecución de sentencia, si se acredita la referida sanción y se aprecia la triple identidad requerida, pueda tenerse en cuenta, con los efectos ya señalados por la jurisprudencia constitucional.

TERCERO.- No existiendo motivos para su imposición expresa, procede declarar de oficio las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de J., contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Getafe, confirmamos íntegramente dicha resolución.

58.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 5 DE FECHA 05/02/2019

La competencia para conocer de la petición del interno sobre la aplicación del artículo 237 del Reglamento Penitenciario, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria que impuso las sanciones.

HECHOS

I.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid se ha inhibido en favor de este Juzgado para conocer de la petición del interno, actualmente en el Centro Penitenciario de Madrid VII (Estremera), desde el día 6 de agosto de 2018, de que se aplique el artículo 237 del Reglamento Penitenciario (falta continuada) a las múltiples sanciones impuestas por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid II (Alcalá-Meco), entre los días 25 de junio al 20 de julio de 2018, por ser competente para conocer el Juzgado nº 5 de las incidencias del centro en donde está actualmente Ingresado.

II.- Se remitió al Ministerio Fiscal para que informe sobre la declinación de la competencia al corresponder al órgano remitente por tratarse la petición de determinación de la sanción correspondiendo la competencia al Juzgado del centro penitenciario que le impone la sanción.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- No se acepta la competencia para conocer de la solicitud del interno al ser competente el Juez que se inhibe.

En materia disciplinaria la competencia con carácter general corresponde siempre al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con competencia en el Centro Penitenciario en el que se impone la sanción, por haber tenido lugar en el mismo los hechos determinantes de la misma, y sólo hay una excepción a ese principio general, según criterio de actuación nº 4 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria refundidos en el año 2018, que es la aprobación de la sanción de más de 14 días de aislamiento que corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con competencia en el centro penitenciario en el que se va a cumplir, y es así en atención a que en ese caso lo que se

aprueba es el cumplimiento, no la legalidad de la misma, que está vedada en ese trámite, al tener que ser firme para que pueda solicitarse el cumplimiento, firmeza que puede haber tenido lugar bien porque no se recurrió en plazo, o bien porque interpuesto recurso de alzada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del centro donde se impuso, éste lo desestimó, total o parcialmente.

Por tanto, es indiferente que la petición del interno se refiera a la determinación o a la ejecución de la sanción, porque como se ha señalado la competencia va a corresponder, en todo caso, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del centro penitenciario en que se impuso.

Todas las cuestiones referentes a la legalidad de la sanción, correlación de infracciones y sanciones (artículo 233 del Reglamento Penitenciario), graduación de la sanción (artículo 234 del Reglamento Penitenciario), repetición de la infracción (artículo 235 del Reglamento Penitenciario), concurso de infracciones (aplicación del límite de sanciones del artículo 236 del Reglamento Penitenciario), infracción continuada (artículo 237 del Reglamento Penitenciario), etc., que se regulan en el Capítulo II. Determinación de las sanciones, del Título X del Reglamento Penitenciario, deben ser tenidas en cuenta y aplicadas por la Comisión Disciplinaria del Centro cuando va a dictar acuerdo sancionador en el expediente disciplinario, durante el curso del cual el interno ha podido alegar y formular peticiones, como la que realiza en el presente supuesto, y, en caso de que su petición no sea atendida puede volver a pedirlo interponiendo recurso de alzada, en el plazo de cinco días desde la notificación, conforme al artículo 248 b) del Reglamento Penitenciario, contra el acuerdo sancionador, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con competencia en el centro penitenciario en donde se le impone la sanción. Lo que no puede hacer el interno es, una vez son firmes las sanciones, por no haber recurrido o porque se ha desestimado el recurso de alzada interpuesto, formular peticiones o quejas como la presente en materias que debieron ser resueltas en el expediente disciplinario, criterio seguido reiteradamente por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otros, en el auto nº 1646/2002, de 7 de junio de 2002; nº 1471/2002, de 7 de junio de 2002; nº 1492/2002, de 10 de junio de 2002; nº 1602/2002, de 18 de junio de 2002; nº 1712/2002, de 26 de junio de 2002; nº 1738/2002, de 28 de junio de 2002; 1835/2002, de 5 de julio de 2002; nº 2206/2002, de 9 de Septiembre de 2002; y nº 80/2007, de 12 de enero de 2007, pero en todo caso, como la petición se refiere a expedientes

disciplinarios del Centro Penitenciario de Madrid II (Alcalá-Meco), por hechos acontecidos en dicho centro, la competencia le corresponde al Juzgado que se inhibe, por lo que procede devolverle las actuaciones por el mismo conducto de su recibo.

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

PARTE DISPOSITIVA

No se acepta la competencia para conocer de la petición del interno, debiendo devolverse las actuaciones por el mismo conducto de su recibo al Juzgado de procedencia por ser el competente.

59.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 15/02/2019

Estimación parcial de recurso, reduciendo la duración de la sanción de aislamiento impuesta.

HECHOS

PRIMERO.- Por autos de fecha 9 de octubre de 2018 y 30 de octubre de 2018 se autoriza el cumplimiento de la sanción de aislamiento impuesta al interno.

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.- Procede desestimar el recurso formulado al constar en autos que al interno recurrente se le incoó expediente disciplinario como

consecuencia de su actuación el día 1 de agosto de 2018 cuando al indicársele que va a pasar a otro módulo del mismo Centro Penitenciario, profirió contra los funcionarios insultos y amenazas como “porque vais dos si no os ibais a enterar”, frases malsonantes y resistiéndose y desobedeciendo a cumplir las órdenes que le eran dirigidas hasta el punto de intentar agredirles y al intentar reducirle caen el recurrente y los funcionarios contra los arbustos, expediente en el que el interno pudo alegar lo que estimó pertinente, proponer las pruebas de descargo que estimo y realizar alegaciones y que concluyeron con la imposición de dos sanciones por faltas muy graves que regulan los artículos 108 del vigente Reglamento Penitenciario que vienen sancionadas con aislamiento en celda si bien la misma requiere una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando reiterada y gravemente altere la normal convivencia del Centro, lo que no se desprende del expediente disciplinario instruido y finalizado con las sanciones de aislamiento combatidas, por ello procede moderar y atenuar las mismas, conforme a lo dispuesto en el artículo 233.1.a) del Reglamento Penitenciario y establecer la duración de las mismas en 8 días de aislamiento en celda cada una de ellos, procede, por tanto, estimar en parte el recurso formulado.

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

En atención a todo lo expuesto

LA SALA DISPONE:

ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por D., confirmando los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 3 de Madrid y establecer la duración de las sanciones de aislamiento impuestas señalada en el Fundamento Jurídico Primero de esta resolución, sin especial imposición de las costas de este recurso.

60.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/02/2019

Se estima recurso contra acuerdo sancionador. Hacer pintadas en el techo de la celda no se considera inutilización de la misma.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito de recurso de alzada interpuesto por el interno contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Murcia II.

SEGUNDO.- Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó interesando la estimación parcial del mismo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugne el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Murcia II por no estar de acuerdo con los hechos imputados y la sanción impuesta.

En el Expediente se imputa al interno la comisión de dos faltas graves de los artículos 109-B y 109-E respectivamente del Reglamento Penitenciario porque, el día 10/08/2018 a las 09:00 horas en el Departamento de Régimen Cerrado, al realizar la revisión de su celda, se observa que dicho interno ha dibujado en el techo un símbolo con lo que parece la bandera del estado islámico junto a unas palabras en árabe.

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó le imposición de la sanción de 20+20 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

SEGUNDO.- 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 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En relación a las alegaciones de indefensión que formula el interno, deben ser desestimadas, en tanto que el instructor del Expediente Disciplinario dictó resolución motivada sobre la prueba propuesta en el pliego de descargos conforme al artículo 244.3 del Reglamento Penitenciario, y que debe ser confirmada en sus propios términos,

TERCERO.- A la vista de las actuaciones practicadas en el presente expediente (parte de hechos suscrito por los funcionarios y copia impresa del fichero informático respecto de la ocupación de la celda por el interno –celda nº 30– desde el 30/04/2018 al 7/08/2018 a las 18:54 horas), se desprende que la calificación de los hechos, efectuada por la Comisión disciplinaria en el acuerdo sancionador, estimando que aquéllos constituyen dos faltas graves, una del artículo 109-8 y otra del artículo 109-E del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, no es correcta, ya que los hechos deben considerarse constitutivos de una única falta leve del artículo 110-B en cuanto que la calificación de falta grave del artículo 109-E exigía la “inutilización” de la dependencia, lo que obviamente no se produce por hacer pintadas en el techo de la misma, tratándose sin embargo de una conducta contraria a las normas de régimen interior en consonancia con los deberes establecidos en el artículo 5b) y d) del Reglamento Penitenciario que constituye la falta leve de desobediencia ya mencionada. Por ello, procede estimar en parte el recurso de alzada interpuesto, anulando la calificación del acuerdo sancionador y la sanción impuesta, y en su lugar declarar que los hechos constituyen la falta indicada que debe ser sancionada con 2 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimar en parte el recurso de alzada interpuesto por el interno contra el acuerdo sancionador adoptado en expediente disciplinario, anulando la calificación del acuerdo sancionador y sanción impuesta, y en su lugar se declara que los hechos constituyen la falta disciplinaria leve tipificada en el artículo 110-B del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, que debe ser sancionada con 2 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

En el caso de que se trate de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a fin de no agravar la situación del interno, y si éste lo solicitara, procederá a los meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

61.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/03/2019

Se estima parcialmente el recurso. Tapar con folios la rejilla de ventilación, constituye falta leve, no grave.

HECHOS

PRIMERO.-Se ha recibido en este Juzgado recurso de alzada interpuesto por el interno contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Murcia.

SEGUNDO.- Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó interesando la desestimación del mismo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Murcia por no estar de acuerdo con los hechos imputados y la sanción impuesta.

En el Expediente se impute al interno la comisión de una falta grave del artículo 109 B del Reglamento Penitenciario porque el 27/11/18, sobre las 13:00 horas, en el módulo 3, el funcionario observa que tiene tapada con dos folios la rejilla de ventilación, a pesar de haber sido informado en varias ocasiones de que no puede obstruirla.

Cuando el funcionario le informa nuevamente y le ordena que lo retire, el interno hace caso omiso al decirle que es motivo de parte, el interno contesta: “Bueno, usted ponga el parte y a ver...”.

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó la imposición de una sanción de 15 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

SEGUNDO.- 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 le posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

TERCERO.- A la vista de las actuaciones practicadas parte de hechos suscrito por los funcionarios y Jefe de Servicios, que gozan de la presunción de veracidad propia de la actividad administrativa, se desprende que la calificación de los hechos, efectuada por la Comisión disciplinaria en el acuerdo sancionador, estimando que aquellos constituyen una falta grave del artículo 109 B) del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, no es correcta, ya que los hechos deben considerarse constitutivos de una falta leve del artículo 110-b). Por ello, procede estimar en parte el recurso de alzada interpuesto, anulando la calificación del acuerdo sancionador y la sanción impuesta, y en su lugar declarar que los hechos constituyen la falta indicadas que debe ser sancionada con 2 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimar en parte el recurso de alzada interpuesto por el interno contra el acuerdo sancionador adoptado en expediente disciplinario, anulando la calificación del acuerdo sancionador y sanción impuesta, y en su lugar se declara que los hechos constituyen la falta disciplinaria tipificada en el artículo 110-b) del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, que debe ser sancionada con 2 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

En el caso de que se trata de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a fin de no agravar la situación del interno y si éste lo solicitara, procederá a los

meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente, a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

62.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 19/06/2019

Se fija el límite máximo de cumplimiento de las sanciones de aislamiento en celda y privación de paseos conforme al artículo 236.2 Reglamento Penitenciario.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Centro Penitenciario de Córdoba se tramitó expediente disciplinario respecto del interno referenciado, por acumulación de sanciones, por un total superior a 14 días de aislamiento en celda y 10 días de privación de paseos Elevándose a este Juzgado propuesta para la aprobación de la misma.

SEGUNDO.- Remitido para informe el expediente al Ministerio Fiscal, se mostró conforme con la petición solicitada por el Centro Penitenciario en cuanto al cumplimiento de las sanciones acumuladas en la forma propuesta.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 236.2 del Reglamento Penitenciario prevé que en los casos de cumplimiento sucesivo de diversas sanciones el módulo de cumplimiento no podrá superar nunca el triple de la sanción más grave, que en todo caso tendrá el límite máximo de cuarenta y dos días de aislamiento en celda. Y el nº 3 de la misma norma determina que en los casos de sanciones de aislamiento en celda que hayan de cumplirse sucesivamente se superen los catorce de días de aislamiento, se requiere aprobación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme al artículo 76.2.d de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

SEGUNDO.- En el presente caso, a la vista de las sanciones impuestas por la Comisión Disciplinaria, y apreciándose que en total las mismas superan los catorce días de aislamiento en celda, y no rebasan el máximo de cuarenta y dos días, procede aprobar las mismas, con el tope de 30 días de aislamiento en celda y 90 días de privación de paseos, ello siempre sin perjuicio de los eventuales recursos que pudieran plantearse por el interno interesado,

Vistos los preceptos legales citados y demás aplicables, S.S^a., ante mí el Secretario Judicial Dijo: Se aprueba el cumplimiento de las sanciones impuestas al interno por acumulación de sanciones aprobadas en autos, tramitado en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por un total de 30 días de aislamiento en celda y 90 días de privación de paseos. Y ello, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en los eventuales recursos que el mismo pueda formular.

63.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 09/07/2019

Se estima recurso. No es sancionable el mero estado de nerviosismo del interno.

HECHOS

PRIMERO.- Se formula recurso de alzada por interno frente a la resolución dictada por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Málaga en el expediente sancionador por el que se impone al recurrente las siguientes sanciones:

Aislamiento en celda durante 5 días.

SEGUNDO.- Tras incoarse el oportuno expediente, y habiendo remitido a este Juzgado la Dirección del Centro Penitenciario el expediente administrativo sancionador en su integridad, junto con el recurso del interno contra la sanción en él recaída, se confirió traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, que interesó la estimación del recurso, por las razones

expuestas en su informe. No estimándose oportuna la práctica de ninguna otra diligencia, se está al caso de dictar la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En los expedientes sobre ejercicio de la potestad disciplinaria, salvo que a 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) de la 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 Española) 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 Española).

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.- El recurrente ha impugnado la sanción verbalmente. Esta posibilidad está expresamente permitida en los artículos 248 y 249 del Real Decreto 190/1996, de 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, cuando admiten que el recurso de alzada puede efectuarse ante el Juez de Vigilancia, verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la misma. Las notas de recurso verbal, en cambio, no tienen especificación de los motivos del recurso, por lo que se ha de entender que se recurre todo lo decidido en el acuerdo de imposición de la sanción y por los motivos que tengan por conveniente.

TERCERO.- Proclama la doctrina del Tribunal Constitucional en materia disciplinaria, que 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-peniten-

ciario (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/87 de 2/12/87). Siendo un 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 aplicable por tanto al procedimiento sancionador en el ámbito penitenciario la misma garantía prevista en materia sancionadora en el resto del ordenamiento jurídico español.

Tal y como señala el Ministerio Fiscal en su informe, resulta evidente que en el presente caso la declaración hechos probados que se contiene en el acuerdo sancionador de fecha 4 de junio de 2019, en relación con el recurrente, difícilmente puede encuadrarse dentro de la legalidad sancionadora prevista, y ello al no poder considerarse como una infracción, la referencia que se contiene la declaración hechos probados al estado de nerviosismo que presentaba el recurrente, única circunstancia que parece serle imputada, refiriéndose al resto de los hechos probados al otro interno. Ni podemos sancionar el mero estado de nerviosismo que pueda presentar un interno, ni el mismo en todo caso puede encuadrarse dentro de la falta prevista en el artículo 109-b del Reglamento Penitenciario, el cual expresamente castiga aquellos comportamientos que consistan en desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas”. No consta, ni la declaración hechos probados, tiene el testimonio de los funcionarios intervinientes, referencia a orden, instrucción o mandato alguna que fuera desobedecido o ignorado por el recurrente, menos aún mención alguna a comportamiento, actitud o posición adoptada por el interno que pudiera ser tildada de resistencia pasiva frente a la actuación de los funcionarios.

Por todo lo anteriormente razonado, de acuerdo con el informe emitido por el Ministerio Fiscal procede estimar el recurso de alzada frente al acuerdo sancionador de fecha 4 de junio de 2019, dejando sin efecto el mismo, al entender que se infringe la legalidad sancionadora en el presente caso.

CUARTO.- La sanción impuesta, se considera totalmente ajustada a derecho y a las concurrentes del Reglamento Penitenciario.

PARTE DISPOSITIVA

Que debo estimar y estimo el recurso de alzada interpuesto por el interno frente a la resolución dictada por la Comisión Disciplinaria del Centro

Penitenciario Málaga en el expediente sancionador, acordando dejar sin efecto la sanción impuesta en el acuerdo de fecha 4 de junio de 2019.

64.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SEVILLA DE FECHA 08/10/2019

Procede la acumulación jurídica de sanciones prevista en el artículo 236.2 del Reglamento Penitenciario.

HECHOS

Primero.- Se formula recurso de alzada por el interno, contra el acuerdo de fecha 27/8/19 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Sevilla II Morón, dictada en el expediente sancionador, por el que se le impuso al interno la sanción de 12 días de aislamiento en celda, por la comisión de una infracción muy grave, prevista en el artículo 108 D), del Reglamento dictado para la aplicación de la Ley General Penitenciaria, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, la de 8 días de aislamiento en celda por la comisión de falta muy grave recogida en el apartado B del artículo 108 de tal cuerpo legal y la de 5 días de aislamiento en celda por la comisión de falta grave recogida en el apartado e del artículo 109 de tal normativa.

Segundo.- Tras incoarse el oportuno expediente, seguido al número que consta, y emitidos los informes oportunos por el Centro Penitenciario, se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- El expediente disciplinario en su tramitación se ha ajustado a las previsiones del artículo 240 y ss. del Reglamento Penitenciario, respetando los principios constitucionales de audiencia y defensa, en aplicación de lo prevenido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y doctrina constitucional interpretadora de esta materia como refleja la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/85, 74/85 y 2/87.

Proclama la doctrina del Tribunal Constitucional que en materia disciplinaria, los partes de los funcionarios de servicios 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.

En el presente caso, el interno recurrente no ha desplegado actividad probatoria alguna, para desvirtuar la prueba inculpatoria que se deriva de las manifestaciones contenidas en el informe del Jefe de Servicios, conforme a parte emitido por funcionario de seguridad de la Prisión, en el que consta que el referido interno el día 5/8/19, a las 1,15 horas, en el departamento de aislamiento llama por el interfono y grita “entrad perras mariconas, os estoy esperando con dos cristales para rajaros el cuello, voy a meterle fuego al chabolo otra vez y hoy me llevo a una puta maricona por delante”. Los cristales son trozos de la luminaria que había destrozado totalmente, usted lanza el colchón por la ventana de su celda y prende fuego a la sábana. Los funcionarios equipados con los equipos de autoprotección acceden a su celda y observan como usted esgrime dos cristales en las manos, siendo necesario el uso de la fuerza mínima indispensable para reducirle. Durante la reducción usted forcejea intentando zafarse del agarre de los funcionarios mientras intenta morderlos y profiriendo “no vais a poder conmigo cabrones, me cago en vuestros muertos, os mato a uno aquí o cuando me lo encuentre por ahí”. Posteriormente usted es trasladado a la celda para inmovilización prolongada con correas.

Se acreditan, pues, los hechos contenidos en el Acuerdo Sancionador.

Conforme al Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo los hechos se encuadran en una falta muy grave prevista en el artículo 108 d), por cuanto del relato de hechos probados efectuado anteriormente, se desprende la existencia de una resistencia activa y grave a órdenes recibidas por los funcionarios, con una actitud agresiva, integrándose igualmente una falta muy grave, prevista en el artículo 108 B), dado que el interno amenazó a los funcionarios, adoptando una actitud altamente agresiva, teniendo los mismos que hacer uso de la fuerza física mínima para reducirle, integrándose

igualmente una falta grave, artículo 109 E, al inutilizar deliberadamente dependencias del establecimiento, por lo que las correlativas sanciones impuestas atendidas la naturaleza de los hechos, resultan proporcionadas e idóneas a tenor de lo establecido en los artículos 233 y 234 del Reglamento Penitenciario de 1996. En su consecuencia, procede desestimar el recurso formulado, debiendo confirmarse la resolución administrativa que se recurre, al ser ajustada a derecho.

En todo caso, dado que consta que se han seguido otros expedientes disciplinarios, con la misma fecha de Acuerdo Sancionador, pese a tratarse de expedientes diferentes, deben aplicarse las reglas de determinación del máximo de cumplimiento o acumulación jurídica de sanciones a que se refiere en el artículo 236.2 del Reglamento Penitenciario, conforme al cual “en este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda”.

VISTOS los citados artículos y los de general aplicación.

DISPONGO: Desestimar el recurso de alzada planteado por el interno, contra la sanción impuesta por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Sevilla II Morón del día 27/8/19, en el expediente disciplinario, confirmando la resolución administrativa impugnada.

En todo caso, dado que consta que se han seguido otros expedientes disciplinarios, con la misma fecha de Acuerdo Sancionador, pese a tratarse de expedientes diferentes, deben aplicarse las reglas de determinación del máximo de cumplimiento o acumulación jurídica de sanciones a que se refiere en el artículo 236.2 Reglamento Penitenciario, conforme al cual “en este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda”.

65.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 10/12/2019

El retraso al regreso de permiso no es sancionable, salvo reiteración.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado Recurso de Alzada interpuesto por el interno contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de A Lama.

SEGUNDO.- Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal, que informó interesando su desestimación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro por no estar conforme con los hechos imputados y la sanción impuesta.

En el expediente se imputa al interno la comisión de una falta grave del artículo 109 B del Reglamento Penitenciario porque el día 28-08-19 el interno salió de permiso extraordinario. Tenía que regresar del mismo a las 13:00 horas y regresó a las 17:10 horas

La Comisión Disciplinaria, por tales hechos, acordó la imposición de una sanción de 15 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

SEGUNDO.- La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principio 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 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

TERCERO.- En el presente caso, y examinados los hechos imputado al interno recurrente y la calificación de los mismos como falta grave de desobediencia (artículo 109.B del Reglamento Penitenciario) procede la estimación del Recurso de Alzada formulado pues la conducta expresada

en los hechos probados del acuerdo sancionador –retrasos de horas en el reingreso tras el disfrute de un permiso extraordinario– no integra la referida falta disciplinaria como tampoco integraría la falta muy grave del artículo 108-f (intentar, facilitar o consumir la evasión).

Debe entenderse, por tanto, que desde el punto de vista disciplinario, la conducta imputada no estaría tipificada, y ello sin perjuicio de las consecuencias negativas que la misma pueda conllevar en futuros estudios para la concesión o denegación de permisos de salida, y del hecho de que una reiteración en dicha conducta sí podría tener consecuencias disciplinarias e integrar falta grave de desobediencia.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso interpuesto por el interno contra el acuerdo sancionador de fecha 5 de noviembre de 2019 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario correspondiente en el Expediente Disciplinario, que queda sin efecto, y se revoca la sanción impuesta.

CAPÍTULO XII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

66.- SENTENCIA DE AUDIENCIA NACIONAL SALA CONTENCIOSO DE FECHA 06/03/2019

Se estima parcialmente el recurso. Se indemniza al interno por la pérdida de objetos con motivo de la conducción a otro Centro Penitenciario.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 793/2017, promovido por D. L., representado por el procurador de los tribunales y asistido por el letrado, contra la resolución de 23 de enero de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la resolución de fecha 22 de julio de 2016, que desestimó la reclamación de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración por la pérdida de objetos depositados por el recurrente a su ingreso en el Centro Penitenciario de Málaga. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito fechado el día 1 de marzo de 2016 D. L. presenta solicitud de indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por la pérdida de objetos que, depositados a su ingreso en el Centro Penitenciario de Málaga, no fueron trasladados al Centro Penitenciario de Álava, fundamentando su reclamación en el auto de fecha 16 de febrero de 2016, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía, con sede en Málaga, que estima la queja deducida por el mismo, al entender que concurre una actuación irregular de la Administra-

ción Penitenciaria al no constar acreditado el lugar donde se encuentran los objetos reclamados.

Instruido el correspondiente expediente, por resolución del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro de Interior, se acordó desestimar la citada reclamación.

Deducido recurso de reposición, por resolución de 23 de enero de 2017, de la misma autoridad, también dictada por delegación, el recurso fue desestimado.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia “por la que se reconozca y declare:

Primero: que la resolución de la Administración demandada de fecha 23 de enero de 2017 objeto de impugnación, no es conforme a Derecho, declarando su anulación y se condene a la citada Administración a indemnizar a mi principal, en concepto de responsabilidad patrimonial, en la cantidad de treinta y tres mil euros (33.000.- €), o subsidiariamente, la cantidad que resulte de la prueba pericial practicada de conformidad con lo solicitado por esta parte mediante otrosí, más intereses legales.

Segundo: que se condene en costas a la Administración Pública demandada”.

Dado traslado a la Administración demandada para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, seguidamente quedaron las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 5 de marzo de 2019, en el que así tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se interpone contra la resolución de 23 de enero de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la resolución de fecha 22 de julio de 2016, que desestima la reclamación de indemnización formulada por D. L., en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por la pérdida de objetos que, depositados a su ingreso en el Centro Penitenciario de Málaga, no fueron trasladados al Centro Penitenciario de Álava, en el que se encuentra a la fecha de la solicitud.

Según el escrito de reclamación, los valores depositados al ingreso del actor en el Centro Penitenciario de Málaga son una cadena de oro “Grano de café Cartier” y un “Sello familiar de Oro de 22 quilates”, cuantificando en 18.000 euros la cadena y en 15.000 euros el sello.

La resolución de 22 de julio de 2016 funda sustancialmente la desestimación en los siguientes argumentos:

“(…) Hechos

Primero.- Según los informes que obran en el expediente administrativo:

A su ingreso en el Centro Penitenciario de Málaga, el día 14 de diciembre de 2014, le es intervenido una cadena dorada y un anillo dorado, quedando depositados y entregándole el recibo nº NÚM000 (folio 37), donde consta lo retenido.

Con ocasión del traslado del interno el día 5 de marzo de 2015, al Centro Penitenciario de Algeciras, le son enviados el día 16 de marzo de 2015 los valores depositados por medio de Correo Express, del Servicio de Correos, al centro penitenciario de destino con la contraseña “Scorpion”, (folios 34 y 35). Consta la notificación de remisión de valores, a través de Servicio de Correos, al centro penitenciario de Algeciras, el día 16 de marzo de 2015 (folio 28).

Por error, el envío fue recibido el día 19 de marzo de 2015 en el Centro de Inserción Social “Manuel Montesinos”, de Algeciras, constando la entrega a las 13,45, mediante la estampación de un sello del establecimiento penitenciario (folio 27), si bien allí nunca fue destinado el reclamante, ni

notificado el Centro de Inserción de la llegada de un paquete. Además, indica el informe de la Directora del C.I.S, “en el recibo de recogida de paquete por parte de Correos Express para su envío al CP. de Algeciras, no aparecen “valores declarados” por lo que no se puede asegurar que en ese paquete vayan los objetos reclamados” (folio 25).

En el centro penitenciario de Algeciras (folio 62) sólo se recibió, procedente del centro penitenciario de Málaga, y según consta en el registro, “en el departamento de pertenencias con nº de registro 167989, consistente en una bolsa azul y una bolsa de pertenencias negra. Estas pertenencias fueron remitidas al CP. de Zuera el día 25/05/2015. El interno fue dado de baja por conducción el día 04/05/2015” (folio 62).

Trasladado al Centro Penitenciario de Zuera (Zaragoza), y posteriormente al de Álava/Araba, los valores que quedaron depositados en el Centro Penitenciario de Málaga no han sido consignados en ninguna caja de seguridad de otros centros penitenciarios.

El día 10 de abril de 2015, el interno presentó queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía con sede en Málaga, pues solicitados sus objetos al Subdirector de Seguridad en el centro penitenciario de Algeciras le participan que no se ha recibido nada.

Segundo.- Por Auto de 10 de febrero de 2016, el Juez de Vigilancia Penitenciaria 3 de Andalucía, con sede en Málaga, estimó la queja formulada, “a/ entender que no se ha acreditado adecuadamente dónde se encuentran los objetos reclamados por el mismo, según manifiesta el mismo un anillo de oro y una cadena de oro, por entender que ha existido una actuación irregular por parte de la administración penitenciaria y a efectos de poder ejercitar las reclamaciones que estime oportunas ante dicha administración en la forma que estime conveniente”, (folio 10).

(...)

Fundamentos Jurídicos

(...) Sexto.- El interno no tiene posibilidad, pues la legislación penitenciaria no lo permite, ni de tener la posesión en el interior del centro penitenciario de los valores extraviados, ni de elegir el medio de traslado ni controlar que sus objetos lleguen al centro penitenciario de destino, por lo que en aplicación de los citados artículos, corresponde ser indemnizado por el daño causado.

Sin embargo a la hora de cuantificar el valor de los efectos extraviados, hay una notabilísima diferencia entre lo que el reclamante demanda, “18.000 euros por la cadena y 15.000 euros por el sello” y lo que cuantifica el Administrador del Centro Penitenciario de Málaga, 448 euros, al valorar en 28 euros cada gramo de oro y estimar en 4 gramos aproximadamente el peso del sello dorado y 12 gramos la cadena dorada” (folio 21). No hay ningún criterio para valorar/cuantificar el valor de lo extraviado, se desconoce el diseño de los valores, hay una posible firma como señala el reclamante, si es de oro o chapado y en el primer caso los quilates y pureza del metal. Y, en cuanto el valor sentimental nunca se puede traslucir en dinero por ser algo intrínseco a lo subjetivo, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”.

(...)

En base a lo expuesto, no queda duda de que hay pérdida de pertenencias. Como lo refleja la documentación obrante en el expediente administrativo, más como señala el Informe de 5 de julio de 2016, de la Abogacía del Estado del Ministerio del Interior, los objetos intervenidos a su ingreso en el centro penitenciario de Málaga fueron, “cadena y anillo dorado”, no pudiendo acreditarse si los objetos extraviados son de ese metal precioso ni siquiera el peso de los citados efectos.

Y es por ello que, en relación con la concreción de la cuantía de la indemnización, el derecho a obtener una indemnización equivalente a la reparación o restitución ad integrum, que reemplace la pérdida del bien, en ningún caso puede ser superior al quebranto acaecido, por cuanto ello supondría un enriquecimiento injusto. No conociéndose el alcance del daño ocasionado ni acreditando la parte reclamante el mismo, en lo que se refiere a la distribución de la carga de la prueba, en virtud de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, derivado del artículo 1214 Código Civil (...).

SEGUNDO.- En su escrito de demanda el actor alega, en esencia, que la concurrencia de responsabilidad patrimonial es reconocida por la propia Administración demandada, como se pone de manifiesto en el fundamento de derecho sexto de la resolución de fecha 22 de julio de 2016, si bien ter-

mina desestimando la reclamación por razones relativas a la cuantificación de la indemnización procedente.

Señala que, como resulta de lo declarado por el recurrente, los efectos extraviados tenían un alto valor material. La propia Administración –dice– indica en la página 21 del expediente que “los valores perdidos, sello dorado de 4 gramos y cadena dorada de 12 gramos, se trataban ciertamente de oro, pero no valora las marcas y, por tanto, el coste real de dichos efectos”. A lo que añade que en este sentido hay que partir de un hecho indiscutible, cual es que si los efectos no se pueden examinar para determinar su valor material se debe única y exclusivamente a causas imputables a la Administración demandada.

Lo que no es de recibo –continúa el actor– es que la Administración extravíe los efectos que tenía en depósito, y por tanto, con obligación de custodiar, y aproveche este hecho precisamente para rechazar la reclamación formulada en base a que no se puede acreditar el valor de los mismos. E insiste en que si no se pueden examinar es precisamente porque han sido extraviados por la Administración demandada, por lo que la misma ha de asumir la responsabilidad y las consecuencias de ello.

Asimismo destaca que lo más importante, más allá del valor físico de dichos efectos, es el alto valor sentimental que las joyas tenían para el recurrente, y de ahí el indiscutible y grave daño moral que el extravío le puede ocasionar.

Por tanto –dice–, de acuerdo con el principio de plena indemnidad del perjudicado que ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se le debe indemnizar, no sólo por el valor material de los efectos extraviados, sino además por el grave daño moral que le he causado dicha pérdida, por lo que reclama la cantidad de 33.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios o, subsidiariamente, la cantidad que resulte de la prueba que se practique, más los intereses correspondientes.

Frente a ello, la Administración demandada insta la desestimación del recurso deducido de adverso, aduciendo sustancialmente que en el supuesto que nos ocupa se ha de partir, tal como reconoce la resolución recurrida, de la existencia de una pérdida de objetos depositados, lo que implica que la Administración ha reconocido la posible existencia de los requisitos necesarios para que se produzca la responsabilidad patrimonial, aunque ello no implica el reconocimiento de indemnización alguna.

Señala que el debate se reduce a determinar cuál ha sido el daño causado, si bien a este respecto viene a aducir, en síntesis, que el daño producido no se ha acreditado.

Así, se alega que en el expediente sólo consta que en el Centro Penitenciario de origen se depositó una cadena y un anillo dorados, sin que conste si eran de oro o no lo eran, ni el peso que tenían. Tampoco consta que tales elementos tuvieran una marca específica (Cartier) o una firma o signo. Solo las afirmaciones unilaterales del recurrente sustentan que se trataba de joyas valiosas.

Frente a ello –continúa la Administración–, en el expediente administrativo constan solamente datos que permiten inferir que el valor de las cosas perdidas era nulo. A lo que viene a añadir que los daños morales que se invocan también se encuentran desnudos de prueba alguna.

En definitiva, sostiene que el daño producido no se ha acreditado, por lo que el recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable *ratione temporis*, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que está recogido igualmente en el artículo 106.2 de la Constitución.

En la interpretación de estas normas, el Tribunal Supremo ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta (entre las últimas, sentencias de 23 de mayo de 2014 y de 19 de febrero de 2016).

En el presente caso la propia Administración reconoce en la resolución originariamente impugnada que no existe duda de que hay pérdida de pertenencias y señala, entre otros extremos, que “El interno no tiene posibilidad, pues la legislación penitenciaria no lo permite, ni de tener la posesión en el interior del centro penitenciario de los valores extraviados, ni de elegir el medio de traslado ni controlar que sus objetos lleguen al centro penitenciario de destino, por lo que en aplicación de los citados artículos, corresponde ser indemnizado por el daño causado”.

Sin embargo, se desestima la reclamación en base a que los objetos intervenidos al ingreso del actor en el Centro Penitenciario de Málaga fueron “cadena y anillo dorado”, “no pudiéndose acreditar si los objetos extraviados son de ese metal precioso, y ni siquiera el peso de los citados efectos”, por lo que no se conoce el alcance del daño ocasionado, ni la parte reclamante acredita el mismo.

Ahora bien, no discutiéndose la concurrencia de un funcionamiento anormal de la Administración en la custodia –y pérdida– de los objetos depositados por el actor a su ingreso en Centro Penitenciario de Málaga, y que, conforme resulta del recibo obrante en el expediente administrativo, se concretan en “una cadena dorada y un anillo dorado”, no se puede sino estimar que concurren todos los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que se ha de determinar el *quantum* indemnizatorio que corresponda abonar al actor por tal extravío, sin que precisamente la pérdida de los objetos pueda determinar, por sí sola, la improcedencia de toda indemnización.

Esto es, tal concreta pérdida representa un daño efectivo sufrido por el actor, con independencia de la valoración que corresponda otorgar a los objetos extraviados y, por lo tanto, de que proceda o no el reconocimiento de la cuantía indemnizatoria pretendida por dicha parte.

En este sentido, no puede recibir favorable acogida el alegato de que en el expediente administrativo solamente constan datos que permiten inferir que el valor de las cosas perdidas era nulo pues, por el contrario, ningún documento ni dato apunta a que el anillo y cadena dorada carecieran de todo valor, siendo cuestión distinta, como ya se ha señalado, que los valores propugnados por el interesado puedan o no prosperar.

Y en este punto se ha de destacar que si bien el recurrente sostiene que se trataba de un “grano de café Cartier” y un “sello familiar de oro”, sin

embargo, el mismo no ha aportado, ni consta en las actuaciones, elemento probatorio alguno que avale tal alegación.

Antes al contrario, obra en el expediente el recibo correspondiente al depósito de los objetos en el momento del ingreso del recurrente en el Centro Penitenciario de Málaga, en el que únicamente se reseña una cadena y un anillo dorados, debiendo destacarse que si bien se aduce en demanda que en la página 21 del expediente se señala que “los valores perdidos, sello dorado de 4 gramos y cadena dorada de 12 gramos, se trataban ciertamente de oro (...)”, sin embargo, ello en modo alguno se corresponde con las actuaciones obrantes en el expediente.

Así, en el indicado folio 21 se consigna la “Valoración aproximada de valores perdidos”, efectuada por el Administrador del Centro Penitenciario de Málaga el día 29 de marzo de 2016, en la que se consigna lo siguiente:

“Los valores perdidos:

Sello dorado de 4 gramos aproximadamente. Cadena dorada de 12 gramos aproximadamente.

Teniendo en cuenta que el valor actual del gramo de oro es de 28 euros, según fuentes empresariales del sector de joyería, sin conocer otras características, y dando por cierto que se trata de oro, podemos indicar que su valor de conjunto sería de 448 euros”.

Esto es, se realiza una valoración aproximada pese a desconocerse las características de los objetos extraviados, y dando por cierta la circunstancia -desconocida- de que se trate de oro.

Téngase en cuenta que con fecha 27 de mayo de 2016 la Instructora del expediente concedió al interesado trámite de audiencia, con remisión de copia de lo actuado en el mismo, a fin de que en un plazo no superior a quince días pudiese alegar lo que a su derecho conviniera y presentase cuantos documentos estimase oportunos. Y consta entre lo actuado en el procedimiento oficio del Director del Centro Penitenciario de Málaga de 5 de abril de 2016 en el que, entre otros extremos, se consigna que “frente a las características que cita el interno sobre el valor de los objetos, la única referencia a los mismos la tenemos en el recibo de intervención en el que se indica que son “dorados”, no constando ni marca, ni algún otro dato que nos permita realizar una valoración exacta de los mismos. No obstante, en coincidencia con el auto judicial, se ha determinado realizar una valoración

estimada, considerándolos de “oro”. Dicha valoración fue remitida en su día, a ese Centro Directivo. No obstante, si el interno no está de acuerdo con la valoración realizada, puede presentar documentación acreditativa de su valor, como puede ser la factura de compra (...)”.

Sin embargo, lo cierto es que el recurrente no ha aportado factura ni documento alguno que permita determinar las características de los objetos que el mismo invoca, por lo que, en tales condiciones, a falta de cualquier otro dato, y habiéndose producido efectivamente el extravío de los objetos, resulta procedente tomar en consideración, en atención a las específicas circunstancias concurrentes, la suma de 448 euros reflejada en la “Valoración aproximada de valores perdidos” anteriormente reseñada, como indemnización global y, por lo tanto, comprensiva de los daños y perjuicios de toda índole sufridos por el recurrente; cantidad que ha de entenderse actualizada a la fecha de la presente sentencia y que se estima adecuada y proporcionada en la medida en que, como se ha dicho, en modo alguno constan, ni se han acreditado por el recurrente, las características de los objetos que se invocan, ni, en particular, que se tratase de anillo y cadena de oro, y no simplemente dorados como se consigna en el recibo.

Y en este punto debe finalmente notarse que si bien el recurrente propuso la práctica de prueba pericial, sin embargo, la misma en modo alguno resultaba útil para determinar las características de los objetos a efectos de su valoración económica, debiendo asimismo notarse que tampoco se acompañó por el recurrente informe alguno que pusiese de relieve el efectivo padecimiento por el mismo de los trastornos psicológicos que invoca en demanda, tratándose, por lo tanto, de meras alegaciones huérfanas de soporte probatorio alguno.

En consecuencia, y en virtud de todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso interpuesto.

CUARTO.- De cuanto antecede se deduce la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, por lo que, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa imposición de costas a alguna de las partes procesales.

Por todo lo expuesto.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. L. contra la resolución de 23 de enero de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la resolución de fecha 22 de julio de 2016, que desestimó la reclamación de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, actos que ANULAMOS, condenando a la Administración demandada a indemnizar al recurrente en la cantidad total de cuatrocientos cuarenta y ocho euros (448 euros) en el concepto referido.

Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

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

67.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA CONTENCIOSO DE FECHA 13/03/2019

Estimación parcial del recurso. Responsabilidad patrimonial por delito cometido por interno durante el disfrute de permiso concedido por la autoridad judicial en vía de recurso.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 823/2017, promovido por D^a. A., representada por el procurador de los tribunales y asistida por el letrado D., contra la resolución de 12 de septiembre de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que acuerda desestimar la reclamación de indemnización formulada el día 16 de septiembre de 2015 en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según se declara probado en la sentencia de fecha 21 de abril de 2016, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, recaída en el procedimiento sumario número 4/2015:

“Primero.- El día 30 de agosto de 2014 sobre las 14:00 horas, el procesado, mayor de edad, de nacionalidad rumana, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se personó en el domicilio de su expareja, de Arganda del Rey, acompañado por su hermana y su cuñado, para recoger sus pertenencias personales, porque A. le había dicho anteriormente que había decidido poner fin a la relación de pareja que mantenían, cambiándose además ella de domicilio.

En el momento de los hechos, en la vivienda de A. se encontraba su madre H., que había venido de Rumania a petición de A. para ayudarla, tras romper su relación con I., dado el miedo que tenía a la reacción del procesado, que se encontraba preso en el Centro Penitenciario Madrid VII de Estremera y estaba disfrutando de un permiso penitenciario desde el 28 al 31 de agosto de 2014.

Segundo.- H. abrió la puerta de la vivienda al acusado, y a su hermana Eugenia y cuñado. Entraron a la casa y pasaron a sentarse con H. en el salón-cocina, aunque C. se quedó de pie muy cerca.

A., que trabaja de noche, se encontraba en ese momento acostada en su habitación con la puerta cerrada.

El acusado les dijo a los presentes que iba al cuarto de baño, pero se dirigió directamente al dormitorio donde se encontraba A., abrió la puerta de manera sorpresiva y, sin que A. pudiera defenderse, empezó a agredirla con la mano y sacó un cuchillo metálico de 13 cm. de filo que había mantenido oculto, y con la intención de acabar con la vida de A., que se encontraba sentada sobre el borde la cama, le asestó al menos tres puñaladas, una entre el 1º y 2º espacio intercostal anterior izquierdo parasternal, otra entre el 6º y 7º espacio intercostal izquierdo paraespinal y otra en el miembro superior derecho que provocarían instantes después parada cardiorrespiratoria de la que tuvo que ser reanimada.

Tercero.- Al ver la agresión, acudieron en ayuda de A., E. y E., intentando evitar que el procesado continuara apuñalando a A., cogiendo E. a

I. por la espalda intentando quitarle el cuchillo. Pero C. se zafó de E. y, blandiendo el cuchillo, con ánimo de amedrentarle, le dijo: “vete o te corto a ti también”, provocando que tanto E. como E. abandonaran la vivienda en busca de auxilio.

E. se hizo un corte en sus dos dedos cuando intentó quitarle el cuchillo al acusado.

Cuarto.- Después de que E. y E. bajaran a la calle para pedir auxilio. H., de 57 años de edad, también acudió en auxilio de su hija, momento en el que el procesado, aprovechando que A. estaba gravemente herida, con ánimo de acabar con la vida de H., le asestó al menos cuatro puñaladas, con un arma blanca cuyas características se ignoran, dos de ellas mortales, una en el hemitórax superior derecho de trayectoria penetrante que le causó una herida de 5 cm. en el lóbulo superior del pulmón derecho, una herida en la tráquea de 1,7 cm., herida de 1 cm. en la arteria aorta y otra herida mortal en la mama izquierda, que le causó perforación de 1 cm. en el pericardio y perforación de 1,8 cm. en región superior de cara anterior de ventrículo izquierdo, dándole otras puñaladas en la muñeca derecha y en el índice de la mano izquierda.

H. murió a las 15:12 h. de ese día como consecuencia de las heridas que le causó el acusado.

(...)

Sexto.- Como consecuencia de la agresión, A. sufrió lesiones consistentes en herida por arma blanca en el 1º y 2º espacio intercostal anterior izquierdo parasternal, 6º y 7º espacio intercostal izquierdo paraespinal y miembro superior derecho y herida inciso-contusa en dorso de nariz. Dichas heridas ocasionaron shock hemorrágico por hemitórax masivo, laceraciones en pulmón izquierdo (cisura mayor, lóbulo superior y lóbulo inferior) y en arteria mamaria interna y vena subclavia izquierda, lesión de nervio de miembro superior derecho y fractura de huesos propios de la nariz.

Estas lesiones precisaron para su sanidad tratamiento médico-quirúrgico consistente en toracotomía posterolateral izquierda, drenaje torácico, ventilación mecánica, reanimación por parada cardiorrespiratoria, camplaje y sutura hemostática de lesiones vasculares. Sutura de heridas de miembro superior, cirugía en miembro superior derecho por neuropatía de

nervio mediano derecho. Reducción nasal bajo anestesia general, sutura de heridas, férula y taponamiento nasal con posterior retirada de puntos, politrásfusión, tratamiento analgésico, antiinflamatorio, anticoagulante, protector gástrico, tratamiento para la anemia, antibiótico, tratamiento para el dolor neurótico y cabestrillo. Rehabilitación respiratoria. Requiriendo tratamiento médico posterior consistente en rehabilitación con fisioterapia y cinesterapia específica y tratamiento psicológico.

Las referidas lesiones tardaron en curar 110 días, todos ellos impeditivos y 21 de ellos de hospitalización. Quedan como secuelas trastorno por estrés postraumático (3 puntos) y el siguiente conjunto de cicatrices: cicatriz de 2 x 1,5 cm. con forma de cruz, plana y ligeramente rosácea, en región presternal izquierda, cicatriz plana, ligeramente hipercrómica de 1,5 cm. en tercio inferior de cara posterior de antebrazo derecho, cicatriz hipertrófica de 2,5 cm. ligeramente rosácea, en tercio superior de cara externa de antebrazo derecho, cicatriz plana, anfractuosa, con forma de “y” invertida hacia la derecha de 10 cm. para el segmento vertical y 8 cm. para el segmento oblicuo, cicatriz lineal, plana con segmento ligeramente hipertrófico a nivel infra mamario de aproximadamente 27 cm. de longitud en región paravertebral dorsal izquierda y tres cicatrices de 2x 2 cm., 2 cm. y 2 cm. siendo las dos primeras hipertróficas y la tercera plana, situadas en reborde costal lateral izquierdo. Refiere disminución de la sensibilidad en cara palmar de falange distal de 2º, 3º y 4º dedos de la mano derecha. Fuerza y movilidad conservada. Estas cicatrices son el resultado de las heridas y las actuaciones quirúrgicas y ocasionan un perjuicio estético moderado (10 puntos).

Séptimo.- (...)

Octavo.- H. en el momento de su fallecimiento tenía tres hijos mayores de edad,

La Sentencia condena a C. a diferentes penas y a indemnizar, en concepto de responsabilidad civil a A., S. y S., en la cantidad de 200.000 euros a repartir entre ellos y a A. en la cantidad de 12.050 euros por las lesiones, y 11.874 euros por las secuelas, devengando tales cantidades el interés legal correspondiente conforme al art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Deducido recurso de casación por la representación procesal de C., fue desestimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 2017.

Hay que añadir que C. se encontraba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario Madrid VII de Estremera por un delito de robo con violencia, habiendo obtenido un permiso ordinario de salida que inició el día 28 de agosto de 2014. Dicho permiso fue concedido por auto de 25 de junio de 2014, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, que estimó el recurso de apelación que el interno había interpuesto contra autos de 5 y 20 de mayo de 2014, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 5 de Madrid, que ratificaban la resolución de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario que denegaba los permisos que había solicitado.

SEGUNDO.- Formulada por A. solicitud de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial frente al Ministerio del Interior, previo dictamen del Consejo de Estado, fue desestimada por resolución de 12 de septiembre de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior.

TERCERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, acuerde:

“a) La anulación del acto administrativo impugnado, resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior, desestimatoria de la Reclamación Patrimonial efectuada por esta representación.

b) Declarar procedente la estimación de la citada reclamación de responsabilidad patrimonial, y por ende, reconocer el derecho de mi representada a ser indemnizada por los daños sufridos con ocasión del disfrute de permiso penitenciario por don C., en la cantidad de 90.590 euros”.

Dado traslado al Abogado del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se dicte

sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la resolución administrativa impugnada por ser conforme

CUARTO.- Por auto de fecha 19 de febrero de 2018 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, quedando seguidamente las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 12 de marzo de 2019, en el que así tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se dirige contra la resolución de 12 de septiembre de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que acuerda desestimar la reclamación de indemnización formulada por D^a. A., en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, con base en los años ocasionados por el interno el día 30 de agosto de 2014, cuando se encontraba disfrutando de un permiso penitenciario

La resolución impugnada se funda sustancialmente en los siguientes argumentos:

“(…) la Administración penitenciaria actuó de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, recibido el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 5^a, ejecutó el mismo, pues si bien el artículo 157 del Reglamento Penitenciario contempla los supuestos de suspensión y revocación ya mencionados, ninguna circunstancia se conocía documentalmente por el centro penitenciario para no cumplir lo preceptuado por la Sala.

La revisión de grado de tratamiento efectuada, antes de salir de permiso, por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Madrid VII, en sesión ordinaria del día 3 de julio de 2014, mantiene el segundo grado de tratamiento para el Interno, por no considerar que “está preparado para llevar un régimen de vida en semilibertad”, considerando como factores negativos, “la especial gravedad de los hechos, la no asunción de la responsabilidad delictiva y la no satisfacción de la responsabilidad civil” (folios 60 y 61). El delito por el que cumplía condena, robo con violencia, no se encuentra incluido en el Protocolo de actuación para todas las salidas y modificación de actuación penitenciaria de personas encausadas o conde-

nadas por delito de violencia de género, de 16 de abril de 2009, no debiendo seguir lo estipulado en el mismo.

En todo caso, el punto de partida para enfocar la pretensión indemnizatoria ha de ser el artículo 25.2 de la Constitución, que establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. (...)

Según la doctrina del Consejo de Estado, plasmada en numerosos dictámenes (...) no cabe entender como un a priori que un condenado a pena privativa de libertad haya de cumplir toda ella sin salir del centro penitenciario y que, si la Administración por cualquier causa acepta que salga, haya de asumir todos los daños y perjuicios que el penado pueda ocasionar, a título de dolo o de culpa. Esta doctrina se aplica, por descontado, incluso cuando la conclusión del dictamen es estimatoria de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración (por ejemplo, en los dictámenes de 10 de julio de 1997, número 1626/97; 11 de junio de 1998, número 1566/98; y 17 de noviembre de 2005, número 1497/2005).

Por el contrario, la doctrina del Consejo de Estado entiende necesario hacer un estudio de las circunstancias individuales del caso y, de modo muy especial, de la decisión administrativa de permitir la salida de un interno (por ejemplo, mediante la concesión de un permiso penitenciario). Este estudio tiene por objeto dilucidar si, en el supuesto en cuestión, cabe establecer una relación de causa a efecto entre el daño cuyo resarcimiento se reclama y la actuación singular, comisiva u omisiva, del servicio público.

Y de tal indagación se debe seguir la conclusión de que la concesión del permiso aquí contemplado se ajusta a los procedimientos y límites legales, resultando ello así puesto que todas las decisiones formuladas fueron conformes con el ordenamiento jurídico.

La consideración conjunta de todas las circunstancias del caso conduce al Consejo de Estado a la conclusión de que no cabe establecer una relación de causalidad entre el daño derivado de las lesiones inferidas y la concesión del permiso penitenciario. Por tanto, el funcionamiento de la Administración resultó del todo ajeno a las lesiones producidas por el asesinato tentativo, cuya única causa en Derecho fue la conducta criminal de su autor.

En síntesis, el Alto Cuerpo Consultivo entiende que para declarar la responsabilidad patrimonial en supuestos como éste (el cual aparece envuelto en un grave delito de violencia de género) resulta indispensable acreditar un nexo de causalidad entre el daño y una actuación comisiva u omisiva de los servicios penitenciarios. Pero el estudio de las peculiares circunstancias del caso no permite establecerlo respecto de los hechos que dieron lugar a la reclamación, de manera que esta ha de ser desestimada (...).”

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se aduce sustancialmente que el régimen general y principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los supuestos en que se ocasionan daños por personas internas en Centros Penitenciarios, con ocasión del disfrute de permisos penitenciarios, tiene unos caracteres muy concretos.

Así, se señala que ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997 se ha venido entendiendo que debe regir un principio de solidaridad y asunción de la responsabilidad de indemnizar esos daños causados a los particulares; doctrina que ha ido evolucionando hacia una responsabilidad cuasi objetiva, que elimina las exigencias de una inicial jurisprudencia en lo referido a la existencia de una relación de causalidad.

Se aduce igualmente que, no obstante lo anterior, en el presente caso también cabe entender que existe una relación de causalidad entre la actuación de la Administración Pública y el resultado dañoso finalmente acaecido, dado que de la Administración demandada dependen orgánicamente tanto la Policía Nacional y otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que debieron adoptar medidas de seguridad y control de C. durante su permiso de salida, y asegurarse de su cumplimiento y control, lo que hubiera dificultado, cuando no impedido, la comisión de los delitos y los daños sufridos por la actora.

Y a este respecto se alega, en síntesis, que por el Subdirector de Tratamiento del Centro Penitenciario se establecieron como medidas de seguridad, durante el disfrute del permiso, la presentación diaria ante las Fuerzas de Seguridad del Estado y la tutela familiar, debiendo entenderse que, una vez producida la salida del interno del Centro Penitenciario Madrid VII, hubo una absoluta dejadez de funciones tanto del propio Centro Penitenciario, como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pues no consta el seguimiento y control de la obligación de presentación diaria ante

Comisaría de la Policía Nacional o Puesto de la Guardia Civil, tal y como se acordó en el propio permiso de salida.

Se desconoce y se puede afirmar –continúa la actora– que no hubo control del cumplimiento de tal medida por parte de unos organismos que, aun estando los internos de permiso de salida, tienen la obligación de custodia y de control de los mismos.

Por ello entiende que, dado que el 29 de agosto –día anterior a la comisión de los hechos– el interno ya incumplió esa obligación de presentación diaria, como parte imprescindible del disfrute del permiso de fin de semana, y no hubo reacción alguna por parte del Centro Penitenciario ni por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se produce un actuar absolutamente negligente, puesto que se tenía constancia y se había analizado con profundidad el perfil de C., resultando bastante claro que era un individuo peligroso y que tenía una alta probabilidad de reincidencia delictiva, constando asimismo indicios de que existía una especial situación de maltrato por parte del interno hacia la recurrente, quien había decidido poner fin a la relación sentimental que les unía.

E insiste en que, aun cuando, como en este caso, puedan surgir dudas acerca de la conveniencia de la concesión judicial del permiso de salida, sigue pesando sobre la Administración Penitenciaria un deber de aseguramiento de que el disfrute de dicho permiso (en consonancia con los principios de reinserción social de los penados) se hará en condiciones de seguridad para terceras personas, debiendo adoptar las medidas de seguridad necesarias, así como controlar el cumplimiento de las mismas.

A lo que se viene a añadir que A. sufrió daños contra su vida e integridad física, así como el fallecimiento de su madre, cuantificando la indemnización en cantidad total de 90.590 euros, que se desglosan en 66.666 euros por el fallecimiento de su madre y 23.924 por la curación de las lesiones y las secuelas padecidas por la misma. Y ello con fundamento en que la cuantificación de los daños causados ha sido determinada por la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Madrid, que fijó 200.000 euros correspondientes a la indemnización por el fallecimiento de H., a repartir entre los tres hijos de la misma, y 23.924 euros por los padecimientos físicos y lesiones que la recurrente ha sufrido.

Por su parte, la Administración demandada insta la desestimación del recurso deducido de adverso, sosteniendo la inexistencia de responsabili-

dad patrimonial en base a los razonamientos consignados en la resolución impugnada y en el dictamen del Consejo de Estado obrante en el expediente. Y, en particular, señala que en el presente supuesto concurre una particular circunstancia que permite inferir con claridad la inexistencia del nexo causal entre el daño causado y la actuación de la Administración Penitenciaria, pues consta en el expediente que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario había denegado los permisos penitenciarios al causante de los daños; denegación que fue confirmada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid, siendo posteriormente la Audiencia Provincial de Madrid, en auto de 25 de junio de 2014, la que estimó el recurso de apelación contra los autos de dicho Juzgado.

De este hecho –dice la Administración– pueden deducirse dos consecuencias de trascendencia para la reclamación de responsabilidad patrimonial que se ha ejercitado pues, por una parte, el permiso penitenciario no fue concedido autónomamente por la Administración Penitenciaria, que lo había denegado, sino por orden judicial, por lo que la ruptura del nexo causal es evidente, ya que el permiso no es imputable a la Administración contra la que se dirige la acción.

Por otra parte –continúa– puede pensarse que en este caso nos encontramos con una posible responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ya que el permiso es imputable a una actuación judicial. Pero en este caso se trata de una decisión de carácter jurisdiccional y, por tanto, de un supuesto de posible error judicial, sin que la recurrente haya utilizado esta vía para su reclamación patrimonial.

Asimismo señala que, en todo caso, no debe olvidarse que nos encontramos ante un recurso contra la resolución del Ministerio del Interior que rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria en este caso, y tal rechazo es regular por falta de nexo causal, sin que se haya planteado otra modalidad de responsabilidad patrimonial, por lo que concluye que el conjunto de circunstancias concurrentes debe llevar a la conclusión de una total inexistencia de nexo causal entre la actuación, activa u omisiva, de la Administración Penitenciaria y el resultado dañoso producido.

Con carácter subsidiario, la Administración señala que se rechaza terminantemente la valoración del daño efectuada por la recurrente, puesto que carece de justificación alguna en su escrito de demanda. A lo que viene

a añadir que se pretende trasladar a la Administración la responsabilidad civil establecida por una sentencia penal para el autor de los delitos, careciendo de justificación esta imputación, que supone el establecimiento de una responsabilidad civil subsidiaria al margen de los supuestos legalmente previstos.

TERCERO.- En el presente caso, contrariamente a lo que viene a alegar la Abogacía del Estado, la reclamación de indemnización no se funda en un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia en relación con la concesión del permiso penitenciario a C.

Del mismo modo, la reclamación se formula ante el Ministerio del Interior, no por el hecho de que Administración Penitenciaria concediera permiso, que no lo hizo, pues el mismo fue finamente otorgado por la Audiencia Provincial de Madrid.

En este sentido se ha de tener en cuenta que el escrito de demanda se funda, por una parte, en las diversas sentencias que invoca y, conforme a las cuales, no resulta adecuado que los riesgos que la sociedad objetivamente debe asumir en la concesión de permisos penitenciarios sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos, sino que deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público. Y, por otra parte, en un defectuoso funcionamiento de la Administración, en la medida en que, pese a la concesión judicial del permiso, continuaba pesando sobre la Administración Penitenciaria un deber de aseguramiento de que su disfrute se haría en condiciones de seguridad para terceras personas, debiendo adoptar las medidas de seguridad necesarias, así como controlar el cumplimiento de las mismas.

Y en este punto se ha de tener en cuenta que esta Sección tiene unos asentados criterios jurídicos de aplicación a casos como el que ahora se trata, en el que el daño se causa directamente por personas que vulneran la confianza depositada en ellos en aras a su reinserción social, tras la concesión un permiso penitenciario (sentencias, entre otras, de 18 de mayo –recurso 849/2009–, y de 15 de junio –recurso 918/2009– de 2011; de 24 de abril –recurso 1069/2010– y de 10 de julio –recurso 1096/2010– de 2013; de 18 de junio –recurso 189/2012– y de 3 de diciembre –recurso 230/2012– de 2014; o de 4 de marzo –recurso 188/2013– y de 10 de junio –recurso 433/2013– de 2015).

Así, partiendo de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución y del desarrollo que del mismo se hace en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se comienza señalando que los requisitos que necesariamente han de concurrir para que proceda la indemnización reclamada en concepto de responsabilidad patrimonial “son: a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos, del particular afectado. b) Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño. c) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido. d) Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. e) Que no tenga obligación jurídica de soportar el daño”, añadiendo que la jurisprudencia, “en casos similares al hoy enjuiciado, no considera relevante el punto de vista jurídico relativo al nexo de causalidad, pues, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997) por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997)”.

También se resalta que “la responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en postulados objetivos, los cuales excluyen a priori las nociones subjetivas de culpa o negligencia. Es cierto, sin embargo, que subsiste el requisito de que el daño causado sea antijurídico y, en consecuencia, que constituya un perjuicio o sacrificio patrimonial que no deba soportar el perjudicado. En la determinación de si se da esta circunstancia es preciso realizar un examen valorativo partiendo de las circunstancias del caso examinado. El examen de la casuística resuelta en la jurisprudencia conduce a incluir como perjuicios necesitados de resarcimiento, entre otros, aquellos a cuya producción confluyen circunstancias similares a las propias de la culpa o anormalidad en el funcionamiento del servicio –pues el carácter objetivo de la responsabilidad no excluye que el carácter antiju-

rídico del daño causado pueda inferirse de factores subjetivos de culpabilidad o del incumplimiento objetivo de normas o deberes— y aquellos que se generan en determinados supuestos en que la administración previamente ha creado un riesgo, o en que el sufrido por el particular o el usuario del servicio es superior al objetivamente admisible en función de los estándares sociales de funcionamiento del mismo (Sentencia de 18 de octubre de 1996)”.

Manteniendo que, en principio, en supuestos como el que se examina, “la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados, pues los riesgos que la sociedad objetivamente debe asumir en la concesión de permisos penitenciarios, porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España, no es adecuado, con arreglo a la conciencia social, que sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público. Debe notarse que, con ello, no se reprocha la existencia de fracasos en la concesión de los permisos, que tienen carácter inevitable en una política penitenciaria adecuada a los postulados constitucionales, ni mucho menos se afirma que el fracaso de un permiso es producto por su mera existencia de una actuación profesionalmente o funcionalmente inadecuada por parte de los encargados de administrar la difícil política penitenciaria, sino solamente que el riesgo que la sociedad conscientemente asume para intentar lograr la resocialización de los penados —o, cuando menos, para evitar que su aislamiento social repercuta negativamente en su personalidad— debe ser soportado por el conjunto de los ciudadanos”.

Reiterándose que, “aunque la actuación en la concesión del permiso fuere correcta y diligente, la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios de esta naturaleza, que por perseguir la reinserción social del penado deben ser soportados por toda la sociedad porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la propia Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España”, lo que sustenta en el criterio soste-

nido por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 7 de octubre de 1987, en el sentido de que, “con arreglo a la conciencia social, no es adecuado que tales perjuicios sean soportados de manera individual por aquéllos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública –«l’*égalité devant les charges publiques*», según la doctrina francesa– que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima, cuya carga definitiva, por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes” (en el mismo sentido, Sentencias del Alto Tribunal de 16 de diciembre de 1997 o de 29 de noviembre de 2011).

CUARTO.- Sentado lo anterior, en cualquier caso en el presente supuesto se ha de tener en cuenta que de la documentación obrante en autos y en el expediente administrativo resultan determinados datos de interés, pues no se puede desconocer que, como viene a poner de manifiesto la parte recurrente, aunque el permiso haya sido concedido por la autoridad judicial, no puede afirmarse que ello implique la desaparición de la relación existente entre el interno y la Administración, consecuencia de la denominada relación de “supremacía especial”, de la que dimanar un conjunto de derechos y deberes entre ambos, y que no quedan en suspenso o desaparecen durante los periodos de permiso, sino que continúan, incluso fuera del Centro Penitenciario.

Pues bien, de la referida documentación resulta plenamente acreditado que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario consideraba que C. era un interno con un riesgo muy elevado de quebrantamiento de la condena –80%–, condenado por un delito de robo con violencia y con reciente cumplimiento de la cuarta parte de la pena. Asimismo consta que la Junta de Tratamiento, en su sesión de 3 de julio de 2014, propuso el mantenimiento del interno en 2º grado y destino en el mismo centro penitenciario, consignado que “el interno, por sus circunstancias personales y penitenciarias, no está preparado para llevar un régimen de vida en semilibertad”. Y ello al considerar, como factores negativos, tal y como se recoge en la resolución impugnada, la especial gravedad de los hechos, la no asunción de la responsabilidad delictiva y la no satisfacción de la responsabilidad civil.

Por su parte, el permiso fue concedido por la Audiencia Provincial de Madrid “en las condiciones de disfrute que establezca la Junta de Tratamiento”, que precisamente acordó, en lo que interesa, la presentación diaria del interno durante el disfrute del permiso ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la tutela familiar.

Sin embargo, no obstante el establecimiento de dicha obligación, y pese a constar el elevado riesgo de quebrantamiento de condena de un interno a quien, conforme se ha expuesto, no se consideraba preparado para llevar un régimen de vida en semilibertad, lo cierto es que, incumplida la presentación ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el día 29 de agosto de 2014, anterior a la comisión de los delitos que nos ocupan, no consta que se hubiera realizado comprobación, aviso o actuación alguna por parte del Centro Penitenciario o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que determina, en virtud de todo lo expuesto, que no exista duda alguna de la concurrencia de todos los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTO.- En cuanto al *quantum* indemnizatorio, en el presente supuesto se ha de tener en cuenta que en la reclamación presentada en vía administrativa la parte recurrente, constando ya la emisión de informe médico forense de sanidad de sus lesiones, vino a fijar la indemnización, en lo que a la misma se refiere, en la suma total de 28.526,22 euros; cantidad que esta Sección estima ponderada y adecuada a las circunstancias de litis.

Por lo tanto, no puede recibir favorable acogida la petición de euros formulada en demanda con fundamento en las cantidades fijadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 21 de abril de 2016, debiendo notarse que, en cualquier caso, esta Sala no está vinculada por lo resuelto en la sentencia penal pues, como hemos señalado, entre otras, en sentencia de 14 de octubre de 2015, la consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la reparación del daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos, lo que impide, de entrada, la identificación de la responsabilidad civil por delito fijada en la Sentencia penal con la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues tienen bases fácticas y jurídicas muy diferentes.

Por consiguiente, se ha de estimar procedente la suma de 28.526,22 euros como indemnización global y, por lo tanto, comprensiva de los daños y perjuicios de toda índole sufridos por la recurrente; cantidad que ha de

entenderse actualizada a la fecha de la presente sentencia y que se estima adecuada y proporcionada, teniendo en cuenta, además, que fue la señalada por la propia parte recurrente en su reclamación de responsabilidad patrimonial una vez obtenida la sanidad de sus lesiones y determinado, por lo tanto, el alcance de sus secuelas.

Procede, en virtud de lo expuesto, la estimación parcial del recurso interpuesto.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa imposición de costas a alguna de las partes procesales.

Por todo lo expuesto

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a. A. contra la resolución de 12 de septiembre de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que desestima la reclamación de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial, acto que ANULAMOS, reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños sufridos con ocasión del disfrute de permiso penitenciario por C. en la cantidad de 28.526,22 euros.

68.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA CONTENCIOSO DE FECHA 03/04/2019

Se desestima recurso. No se aprecia falta de vigilancia ni descuido en la asistencia médica al fallecido.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 407/2017, promovido por D^a. C., representado por la procuradora de los

tribunales, asistida por el letrado, contra la resolución de 28 de abril de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que desestimó la solicitud de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. C. se encontraba interno en el Centro Penitenciario (Ciudad Real) en el que el 13 de febrero de 2016 fue encontrado muerto, en su celda, con ocasión del recuento de puertas.

Por D^a. C., su esposa, en su nombre y en el de su hijo menor de edad, se presentó el 3 de octubre de 2016 una reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuantía de 115.035 euros.

Tramitado el correspondiente expediente administrativo, en el que figura dictamen del Consejo de Estado número 132/2017, de 30 de marzo de 2017, por resolución de 28 de abril, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro del Interior, se desestimó la reclamación.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se “dicte sentencia por la que, tras declarar la responsabilidad de la Administración por mal funcionamiento de la Administración, se condene al demandado a que indemnice con la cantidad de 115.035 € a favor de su esposa así como de 9.586,26 € a favor de su hijo menor. Todo ello con expresa imposición de costas de la parte demandada si se opusiere”.

Dado traslado al Abogado del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando la deses-

timación íntegra de la demanda “por ser conforme a Derecho la resolución recurrida, con imposición de las costas a la parte recurrente”.

No habiéndose recibido el proceso a prueba, al solicitar únicamente el expediente administrativo, y no habiendo solicitado el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó el día 2 de abril de 2019, en el que así ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 28 de abril de 2016, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño moral sufridos como consecuencia del fallecimiento de D. C. cuando se encontraba interno en el Centro Penitenciario (Ciudad Real).

La resolución impugnada razona que del deber de la administración penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos, no cabe deducir un título de Imputación autónomo en materia de responsabilidad patrimonial para cubrir las consecuencias lesivas de todos los acontecimientos desafortunados o las enfermedades que pudieran afectar a los internos. No cabe determinar la concurrencia de una omisión de la Administración Penitenciaria, ni mucho menos una vinculación causal entre ella y el lamentable suceso, recayendo la carga de la prueba sobre la reclamante, que no ha demostrado con pruebas fehacientes que la supuesta falta de atención médica sea la causa del fallecimiento de su esposo, sin que ninguna responsabilidad cabe predicar de la actuación del centro penitenciario ni, por ende, tampoco cabe responsabilidad alguna por la falta de ingresos suficientes para el enterramiento en la Comunidad de Madrid.

En la demanda presentada en este proceso se postula la total desatención médica de los internos durante esa noche, así como la lentitud de la reacción y respuesta incorrecta ante una situación de urgencia. Alega que el centro penitenciario era conocedor de sus problemas cardíacos, toda vez que recibía tratamiento farmacológico tanto por su hipertensión arterial como por su elevado índice de colesterol, pero no se le habilitaron recursos para ser atendido en supuestos de crisis cardíacas, habituales en enfermos

de esta patología. Alude a que existe una contradicción entre la descripción contenida en la autopsia sobre la forma en que se encontró el fallecido frente a la descripción ofrecida por los servicios médicos que lo atendieron cuando fue descubierto, por lo que la data de la hora del fallecimiento no es del todo precisa. Tanto si sufrió el infarto a las 0.00 horas, durante las horas de la noche, o poco antes de ser encontrado por los funcionarios, Don C. no pudo pedir auxilio por estar aislado y sin recursos (timbre, etc.) que le permitieran recabar la asistencia sanitaria que precisaba, siendo la asistencia médica inmediata vital en personas infartadas. Se aduce el coste moral por la muerte del interno, con el que había una comunicación familiar muy íntima y por tener que ser enterrado en Ciudad Real y no en Madrid donde viven, por lo que se solicita una compensación económica a satisfacer por esa Administración, y que se cifra en la cantidad de 115.035 € a favor de su esposa así como de 9.586,26 € a favor de su hijo menor.

Frente a ello, la Abogada del Estado sostiene la conformidad a Derecho de la desestimación de la reclamación formulada. En cuanto a los hechos, alega que se instruyeron Diligencias Previas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de dichas actuaciones, y el informe forense indica que la etiología es muerte súbita y la causa fundamental de la muerte el infarto. Respecto al fondo, alude a la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, en caso de fallecimiento de internos en centros penitenciarios, considerando que no existe elemento de anormalidad en el servicio público prestado por las autoridades penitenciarias, ya que se observó un riguroso cumplimiento de los deberes de adoptar las medidas de vigilancia y seguridad necesarias, en concreto en lo que se refiere a la asistencia sanitaria del recluso, puesto que la Administración penitenciaria tomó las medidas oportunas para preservar su salud hubiera y no hubo ninguna desatención del penado en los momentos previos a su fallecimiento, el cual estaba recibiendo una atención médica acorde con su historial médico, en el que no figuraban antecedentes por problemas coronarios. Subsidiariamente, entiende que la recurrente se limita a solicitar como indemnización una cuantía a tanto alzado, carente de justificación por lo que, en su caso, debería ser reducida a la sumas que se hayan podido conceder por la Sala en supuesto similares.

SEGUNDO.- El artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, proclama el derecho de los particulares

a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Lo resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial es la lesión, pero ésta solo puede ser apreciada si el daño que le sirve de presupuesto reúne los requisitos que declara la jurisprudencia en interpretación de estas normas.

Así, el Tribunal Supremo (entre las últimas, sentencias de 19 de febrero de 2016 (recurso 4056/2014) y 23 de mayo de 2014 (recurso 5998/2011), ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Pero como también pone de manifiesto la jurisprudencia (por todas, sentencias de 18 de junio de 2012 (recurso 4113/2010) y de 1 de julio de 2009 (recurso 15151/2005) al señalar, con abundante cita, que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

A este respecto, en los supuestos en los que la responsabilidad se sitúa en el ámbito sanitario se ha hecho necesario fijar un criterio para diferenciar aquellos en los que el resultado lesivo es imputable a la actividad administrativa de los que es consecuencia de la evolución natural de la enfermedad o de la imposibilidad de garantizar la salud en términos absolutos.

Este criterio es el de la *lex artis ad hoc*, que responde a la idea que la Administración y sus agentes a lo que están obligados es a que la asistencia sanitaria que se preste sea la correcta y la adecuada en atención a las circunstancias de espacio y de tiempo concurrentes, pero no impone una determinada asistencia ni la obtención del resultado favorable en todo caso. Mediante este criterio se ha de valorar la corrección de los actos médicos y la observancia por el profesional del deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. A los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. Son obligaciones de medios, no de resultados. (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, de 19 de julio de 2004 (recurso 2794/2000), 14 de octubre de 2002 (recurso 5294/1998), 7 de junio de 2001 (recurso 538/1997) y 22 de diciembre de 2001 (recurso 8406/1997).

En esta línea de razonamiento, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, de 4 de abril de 2000 (recurso 8065/1995) que enseña: “El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado”. Lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales.

A lo expuesto cabe añadir las peculiaridades de la asistencia sanitaria en centros penitenciarios, pues si bien el artículo 3.4 la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria contempla el deber de la Administración Penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos, deber que la Administración Penitenciaria asume en el marco de la “relación especial de sujeción” que vincula a los internos con la Administración, ello no debe suponer la asunción de cualquier riesgo de modo que se deba imputar a la Administración penitenciaria todos los padecimientos físicos o psíquicos que pudieran sufrir las personas privadas de libertad. Al igual que en el resto del ámbito sanitario público, la obligación de la Administración penitenciaria no es una obligación de resultado, y quedaría exenta de responsabilidad por los daños físicos o psíquicos, incluidas las muertes de reclusos,

cuando haya prestado la asistencia sanitaria exigida. El marco normativo de la responsabilidad patrimonial es el mismo.

En el supuesto de fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios, circunstancia predicable también si se hubieran producido resultados lesivos para la integridad física, la jurisprudencia pone el acento en el caso concreto, examinando principalmente (i) la existencia o no de relación causal entre el daño y el funcionamiento de los servicios penitenciarios y (ii) la antijuricidad del resultado o lesión, no en el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración, sino en el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido que el interesado no tenga el deber jurídico de soportarlo. Se exige la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido, a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción –inadecuada vigilancia u omisión del servicio– “Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1995 (recurso 4762/1991), de 25 de enero (recurso 2471/1994), de 26 de abril (7888/1992) y de 5 de noviembre de 1997 (recurso 2807/1993), de 5 de mayo de 1998 (recurso 70987/1993), 23 de marzo de 2000 (recurso 1067/1996), de 7 de junio de 2001, de 22 de octubre de 2004 (recurso 6777/2000) o más recientes, de 7 de marzo de 2012 (recurso 4926/2010)”.

TERCERO.- En la demanda el título de imputación es la total desatención médica de los internos durante esa noche, así como la lentitud de la reacción y respuesta incorrecta ante una situación de urgencia, al haber contradicciones para determinar la hora exacta de la muerte, afirmando que el centro penitenciario era conocedor de los problemas cardíacos del interno, elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues a tal patología asociada a crisis cardíacas se tenían que haber proveído mecanismos adecuados tanto de llamada por parte del interno, como de respuesta sanitaria por parte del Centro, para el momento en que se produzca una crisis cardíaca o de cualquier orden.

En el supuesto de autos, el examen de la *lex artis* en relación con las incorrecciones puestas de manifiesto en la demanda ha de realizarse tomando en consideración las alegaciones de las partes y la prueba obrante en el expediente administrativo al no haberse aportado ninguna otra.

En primer lugar, el informe de autopsia concluye:

“1. Etiología Médico-Legal de la muerte: Muerte Súbita.

2. Causa Fundamental de la muerte: Cardiopatía Isquémica.

3. Causa Inmediata de la muerte: Infarto Agudo Auricular posterior.

4. Causa Intermedia: HTA severa en tratamiento farmacológico (ENALAPRIL); Colesterolemia (203 en último análisis, con tto de ATORVASTATINA); hábito tabáquico.

5. Data de) fallecimiento: por lo indicado, nos orienta a pensar que se produjo entre las 00.00 y 02.00 horas del 13 de febrero del 2016”.

La facultativa del centro declaró en la información reservada que cuando llegó al centro a las 8.45 horas, tras el aviso media hora antes, en el que indicó que se llamara al 112, encontró al interno ya muerto, y que había estado de guardia la tarde anterior y el interno en ningún momento precisó asistencia médica.

El informe del médico del centro, de 13 de febrero de 2016, indica que en cuanto al historial médico del interno: “Varón de 50 años, nacionalidad colombiana, sin alergias conocidas, tabaquismo, VIH negativo, VHC negativo, no diabetes, hipertensión, hipercolesterolemia, ulcus gástrico, cefaleas de larga evolución. Tratamiento actual; Simvastatina 10 mg cada 24 horas; Enalapril 20 mg cada 24 horas; Omeprazol 20 cada 24 horas Nolotil cápsulas a demanda.” En informe de 7 de octubre de 2016, se comunican como antecedentes médicos: “Hipertensión Arterial en tratamiento con Enalapril 20, 1 compr. cada 24 horas; hipercolesterolemia en tratamiento con Simvastatina, 1 compr. cada 24 horas; Ulcus Gástrico en tratamiento con Omeprazol, 1 caps., cada 24 horas; Cefalea de larga evolución en tratamiento con Nolotil, caps. a demanda”.

El instructor del expediente de información reservada indica que “Revisado el expediente personal del interno, así como la historia clínica, NO consta que estuviera en aplicación del programa de prevención de suicidios, consultados los servicios médicos del Centro, NO consta tratamiento con metadona, etc., según informe médico el interno presentaba Índices de hipertensión e hipercolestolemia teniendo prescrito médicamente por esta última sintomatología simvastatina de 10 mg cada 24 horas”.

En la Hoja de evolución clínica que consta en el expediente, con anotaciones desde un año antes, no hay ninguna referencia a dolencia cardíaca.

De ello se desprende que no hay ninguna acreditación de que el interno tuviera problemas cardíacos, es una mera alegación de la recurrente no probada que, por el contrario, se desdice en la documentación médica referida. Ningún dato objetivo existe para apreciar que el interno debió estar vigilado constantemente, ni que hubiera sospecha de una patología cardíaca que exigiera la instalación de algún mecanismo de aviso por la posibilidad de sufrir un infarto. Es imposible haber anticipado el resultado lesivo, tal y como se reflejan en los citados informes médicos los antecedentes del fallecido. No se olvide que el artículo 139 de la Ley 30/1992 no permite la indemnización de verdaderos daños hipotéticos.

Y, en segundo lugar, ninguna situación de urgencia se refleja en la noche de autos que indique la inexistencia de una respuesta adecuada por parte de los funcionarios de prisiones.

En las declaraciones de los funcionarios en dicha información reservada no se detalla ninguna incidencia durante la noche del 13 de febrero de 2016, e indican que el interno se encontraba integrado y hacía vida penitenciaria normal, teniendo destino como auxiliar en la biblioteca del módulo. Fue al hacer el recuento de primera hora de la mañana cuando el funcionario encontró al interno, ya inerte, en el baño de la celda.

Tras el levantamiento del cadáver, se procede al cacheo y requisa de la celda, no encontrándose en la misma ningún indicio de consumo de estupefacientes.

El interno de la celda contigua a la de fallecido declaró que no oyó nada que le llamara la atención, que se despidieron como todas las noches y que “durante esa semana fumaba mucho, llegaba a fumarse dos o tres cajetillas de Marlboro, y le decíamos que por qué fumaba tanto, y él nos decía que se encontraba nervioso”.

Ponderando la previsibilidad del evento o la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración, no se ha acreditado ningún elemento de anormalidad que permita generar la responsabilidad patrimonial en la actuación de los servicios penitenciarios. La obligación que para la Administración penitenciaria establece el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de: “velar por la vida, la integridad y la salud de los internos”, tiene como uno de los parámetros la detección del riesgo suicida para lo cual se establecen programas de prevención (PPS) y de control y acompañamiento por otros internos en su celda o en la enfermería.

Pero fuera de este riesgo detectado, ante el comportamiento normal o habitual de los internos, no se puede exigir a la administración penitenciaria una extrema vigilancia permanente que pueda afectar a los derechos de la persona.

En suma, examinadas las circunstancias concurrentes, no es apreciable una falta de vigilancia, descuido, desentendimiento o despreocupación en la asistencia médica con respecto al fallecido, ni se advierte algún tipo de desatención, debiendo recordarse, como ha declarado esta Sección en otras ocasiones (por ejemplo, Sentencias de 20 y de 27 de junio de 2007 , de 5 de marzo y 24 de septiembre de 2008 o de 17 de mayo de 2012), que el “deber público que la Ley impone a la Administración de velar por la salud e integridad físicas de las personas internadas en centros penitenciarios, es una obligación de actividad, no de resultado”, siendo descartable la exigencia de un control directo, continuo, permanente y absoluto, que es lo que parece requerir la demanda.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (recurso 4926/2010), incumbe al recurrente probar los elementos precisos para la concurrencia de la acción que ejercita, conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que aquí no ha quedado demostrado.

CUARTO.- De cuanto antecede se deduce la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por lo que las costas, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de ser impuestas a la parte actora, con los efectos previstos para la asistencia jurídica gratuita que tiene reconocida.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a. C., contra la resolución de 28 de abril de 2017, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que desestimó la solicitud de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial, por ser dicha desestimación, en los extremos examinados, conforme a Derecho.

69.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE FECHA 02/10/2019

Se declara al Estado responsable civil subsidiario en el supuesto de un delito de lesiones cometido por interno en el Centro Penitenciario.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados antes expresados, vio en grado de apelación el Procedimiento Abreviado seguido en la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, partiendo de la causa que tramitó el Juzgado de Instrucción número 4 de Betanzos por delito de lesiones contra el acusado. Son partes en este recurso, como apelante la acusación particular ejercitada por don A., representado por la procuradora y defendido por el letrado, al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal; y como apelados el acusado, representado por el procurador y defendido por el letrado, y la Responsable Civil Subsidiaria, Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 9 noviembre de dos mil dieciocho contiene los siguientes hechos probados:

“PRIMERO.- Sobre las 12:30 horas del día 17 de agosto de 2016, el acusado , nacido en 1993, se encontraba interno en el Centro Penitenciario de Teixeiro (A Coruña), en el momento en el que A. le exigió de malos modos que le dejara sitio en un banco, inopinadamente y con ánimo de dañar la integridad física de este último, le propinó un fortísimo puñetazo en la cara, como consecuencia del cual, A. cayó al suelo y sufrió heridas inciso contusas en la región submental, en el labio inferior y en la región central; fractura triple mandibular y fractura en la corona de las piezas 14, 21 y 35 y en la raíz de las piezas 34, 44 y 45. Para su sanidad A. precisó de la reducción quirúrgica de la fractura mandibular, dieta túrmix, curas locales, medicación analgésico-antiinflamatoria, bloqueo elástico y la sutura de las heridas; habiendo invertido en su curación un total de 121 días, de los que estuvo imposibilitado y/o limitado para la realización de las actividades de la vida diaria durante 37 días (de entre los cuales 3 días precisó ingre-

so hospitalario). Le restan como secuelas: material de osteosíntesis en la mandíbula, cicatriz en el mentón anfractuosa de aproximadamente 4x3 cm, limitación a la apertura de la articulación témporo-mandibular de 25 mm y pérdida de 4 piezas dentales y 2 piezas dentales con corona rotas, siendo lo cierto que A. tenía una boca séptica en la que la pérdida o fractura de piezas dentarias sucede con más facilidad de la habitual.

SEGUNDO.- El encausado tiene antecedentes penales computables en esta causa puesto que fue condenado por sentencia firme de fecha 20-7-2016 por, entre otros, el delito de provocación, conspiración y proposición para el delito de lesiones (artículo 151 Código Penal).

TERCERO.- En el momento de la comisión de los hechos, presentaba un trastorno explosivo intermitente de la personalidad y un trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y el comportamiento, lo cual disminuye levemente sus capacidades volitivas”.

SEGUNDO: El fallo de dicha sentencia es como sigue:

“Que debemos condenar y condenamos a P. como autor criminalmente responsable del delito de lesiones con deformidad, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de trastorno mental y agravante de reincidencia, a la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y al pago de las costas procesales, incluidas Acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a A. en 5.640 euros por los días de curación de sus lesiones y en la suma de 6.000 euros por las secuelas, incluido en estas el daño moral; con aplicación a dichas cantidades de los intereses de los artículos 1108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Absolvemos a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de la pretensión de que responda subsidiariamente de tales sumas”.

TERCERO: Notificada a las partes la sentencia dictada se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusación particular, al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal, oponiéndose al recurso la responsable civil subsidiaria, Administración General del Estado.

CUARTO: Recibidas las actuaciones en este Tribunal, se formó rollo, designándose por el turno correspondiente Magistrado Ponente y señalán-

dose día para deliberación, votación y fallo del recurso que tuvo lugar el día 22 de mayo de 2019.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: 1. La representación procesal de A. se alza contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coaña de fecha 9 de noviembre pasado con el interés de que se dicte nueva resolución revocatoria de la anterior para que, en primer lugar, se declare la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (Dirección General de Instituciones Penitenciarias) y en segundo lugar, se eleven las cuantías que han sido determinadas como montante de la anterior.

2. En relación con la primera de las pretensiones se invoca la infracción de lo dispuesto en el artículo 120.3 del Código Penal en la consideración de que la absolución del Estado ni es conforme con lo preceptuado en la citada disposición ni se acomoda a lo que la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo al respecto. Se apoya la tesis de la recurrente en lo mantenido por la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 1046/2001, de 5 de junio y en concreto en la alusión que en la misma se comprende atinente a que uno de los requisitos exigidos para fijar esa responsabilidad es que la persona o entidad o alguno de sus agentes, cuya responsabilidad se pretende establecer, haya cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía, precisamente el extremo que la sentencia impugnada rechaza pues esta parte de considerar que en modo alguno puede sostenerse tal infracción al indicar que “ninguna de las dos acusaciones en sus respectivos escritos de calificación expresan qué infracción de los reglamentos generales o especiales de policía se produjo el día 17-8-2016 en el Centro Penitenciario de Teixeiro en relación con los hechos enjuiciados; y por el Tribunal no se observa ninguna negligencia, ni siquiera constitutiva de algún tipo genérico de infracción de reglamentos que pueda atribuirse aunque fuera innominadamente a algún funcionario” y añade que: “La pelea se produce cuando los internos se encuentran en el patio (declaraciones del encausado, de la víctima y demás testigos que han depuesto en el juicio oral). Es súbita e inesperada [...]. No se utilizan instrumentos o medios que hicieran suponer una relajación de los funcionarios en sus labores de cacheo y vigilancia”. Razona la apelante que los requisitos establecidos por la Jurisprudencia desde aquella resolución del año 2001 se

han ido progresivamente interpretando de una manera flexible que si bien no alcanzan un estado de objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en aquellos supuestos en los que se producen lesiones ocasionadas por agresiones en el interior de un establecimiento penitenciario por parte de los internos, si se mantienen posiciones ciertamente cercanas a esa objetivación. Por otra parte, se ha ampliado el concepto de reglamento de policía o disposición de la autoridad de modo que deben entenderse quebrantados aquellos cuando la violación lo es de un deber impuesto por la Ley o una norma infralegal, así como por la omisión del deber objetivo de cuidado que afecta a cualquier actividad susceptible de causar daños a terceros. Sentado lo que antecede, la recurrente invoca el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, los artículos 64 y 65 del Reglamento Penitenciario, el artículo 278.4 del Reglamento Penitenciario de 1981; las instrucciones 21/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y 3/2010 de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

En conexión con el caso concreto se indica que los internos que protagonizaron la agresión, víctima y agresor, eran usuarios del módulo 9, conocido como PAIEM (Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales en Prisión); que el Sr. P. presentaba al tiempo de la comisión de los hechos y trastorno explosivo intermitente de la personalidad y un trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y el comportamiento, que tenía antecedentes penales como autor de un delito contra la integridad física de las personas, que en el módulo habría unos 70/80 internos y solo un funcionario al mando de los servicios propios del mismo, que cuando sucedió el incidente ese funcionario se encontraba en una garita a unos 40 m de distancia. Sostiene la recurrente la necesidad de que en un módulo como el que se contempla exista un especial control y vigilancia máxime teniendo en cuenta la especial circunstancia concurrente en el agresor. En síntesis, concluye, es inequívoca la presencia de una falla de la diligencia exigible que se concreta en la adopción de aquellas previsiones legales y reglamentarias que fijen un entorno de seguridad para los internos.

3. En lo atinente a la segunda de las cuestiones planteadas, discrepa la recurrente sobre la cantidad establecida en concepto de responsabilidad civil. Sostiene la recurrente que la intervención del profesional que atendió al lesionado en la enfermería del centro penitenciario tuvo una influencia determinante en la agravación de las lesiones y secuelas, sin detectar en ese primer momento la triple fractura de mandíbula que presentaba el

hoy recurrente. Tampoco se considera adecuada la asistencia posterior y todo ello determina una agravación de las lesiones y secuelas, así como un incremento del daño moral que no ha sido conveniente apreciado en la sentencia que se recurre.

SEGUNDO: 1. Sobre la aplicación del artículo 120.3 del Código Penal (Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción), el Tribunal Supremo ha ido elaborando un cuerpo de doctrina que, con cita de la ya antigua sentencia del 08 de octubre de 1999, venía estableciendo que “para que una persona o entidad –entre ellas el Estado– resulte obligada en concepto de responsable civil subsidiaria de otra, es preciso: a) que ambas se hallen vinculadas por una relación, jurídica o de cualquier otro tipo, en virtud de la cual la última se halle bajo la dependencia de la primera, sea esta dependencia onerosa o gratuita, permanente o meramente accidental; y b) que la infracción penal que genera uno y otro tipo de responsabilidad se halle inscrita dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor” con adición de la necesidad que se hubiera producido una infracción de los reglamentos generales o especiales de policía, concepto este que debe entenderse “con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior”, expresiones que ya eran usadas en la sentencia de 20 de marzo de 1993. Añadía la sentencia 135/2001 del 31 de enero, que “para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual” y que, además, es preciso que “la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria”. Apostilla la sentencia 1308/2002, del 13 de julio, que con el artículo 120.3º “se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la cau-

sación del hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de normas”. Especialmente significativa es esa resolución cuando asegura para justificar esa responsabilidad civil subsidiaria por el homicidio de un facultativo ocurrido en el interior de un establecimiento de tratamiento de personas con enfermedades mentales que aquel centro carecía de servicio de seguridad a pesar de la clase de pacientes que eran atendidos y que la exigencia de servicios de seguridad “está establecida legalmente en la Ley 31/1998 de Prevención de Riesgos Laborales y en el decreto 39/1997, que es el Reglamento de Servicios de Prevención, y que no son meras normas programáticas como por el recurrente se alega, sino que describen actividades preventivas con obligación de su adopción, si bien la concreción en cada caso de los servicios preventivos, dependerá de la clase de actividad laboral que las peculiaridades de cada labor exija”. Especialmente significativa es la sentencia 1433/2005, del 13 de diciembre, que en atención a una agresión ocurrida en el interior de un centro penitenciario, entre dos internos, similar al supuesto que se contempla, indica, en relación con la necesaria relación de causalidad que debe existir entre la infracción de la normativa legal o reglamentaria y el supuesto desencadenante de la responsabilidad penal, que: “Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad. La expresión legal, referida a infracción de reglamento, no puede entenderse en un sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal”; añade esta sentencia que “la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en el interior de un Centro Penitenciario debe analizarse teniendo en cuenta el especial deber de vigilancia que le incumbe en estos Centros, administrados y custodiados por funcionarios públicos, en el que viven temporalmente privados de libertad, un cierto número de personas con el riesgo de conflicto derivado de obvias razones psicológicas”, que esa responsabilidad deriva del artículo 76 del Reglamento Penitenciario, que hay responsabilidad del Estado cuando hay un insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los reclusos, cuando haya habido omisión o ejecución de las medidas precisas sin la debida diligencia y concluye que la ausencia en el lugar de los hechos de los dos funcionarios encargados de la vigilancia de los internos, debe

entenderse que propició la agresión, pues la sola presencia de los mismos hubiera podido tener un efecto disuasorio y preventivo para los internos que eran calificados por los órganos administrativos y junta de tratamiento del Centro Penitenciario como idóneos para el desempeño del trabajo en el taller de la prisión, y tenían acceso, precisamente por dicho trabajo, a útiles o instrumentos potencialmente peligrosos y susceptibles de causar graves lesiones”. Obsérvese que en esta resolución la mera ausencia de funcionarios en el lugar donde ocurren los hechos se califica como omisión de la diligencia debida habida cuenta el efecto disuasorio que la misma implica para eludir la comisión de hechos delictivos. La sentencia 135/2011 viene a calificar como infracción reglamentaria la ausencia o los déficits de vigilancia en el establecimiento penitenciario cuando esa defectuosa situación tiene singular relevancia. De acusado interés para la resolución de la cuestión es la sentencia 926/2013, del 02 de diciembre que con cita de la 433/2007, de 30 de mayo, indica que las medidas de seguridad que la Administración Penitenciaria debe seguir, han de ser adecuadas a los peligros que genera cada fase de ejecución de la pena, sobre la base del artículo 3.4 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria y que la mala relación que puede existir entre dos internos no deja de ser un riesgo y que precisamente ese riesgo exige la adopción de medidas de seguridad adecuadas que impidan su concreción y que, de adoptarse, se hubieran evitado las agresiones que se produjeron. El auto del Tribunal Supremo 152/2017, del 15 de diciembre de 2016, rechaza la demandada responsabilidad civil del Estado en un supuesto de lesiones derivadas de una agresión de un interno a otro en un establecimiento penitenciario en primer lugar porque los hecho ocurrieron en un aseo, al margen de la vigilancia de los funcionarios, porque se trataba de un módulo de internos clasificados en régimen ordinario y de primarios, porque el acusado, por ser preventivo no estaba clasificado sin que existiera ninguna indicación del Centro o del Equipo de realizar una especial vigilancia sobre él, porque tampoco constaba que hubiera tenido problemas con otros internos, ni que existiera una previa enemistad o problema entre el recurrente y el acusado y, en definitiva, porque no constaba una especial peligrosidad del acusado o lo que es lo mismo, objetivamente no podría determinarse la existencia de un riesgo derivado de sus condiciones personales en el momento en que se produjo la agresión.

2. Sobre la normativa que resulta de aplicación, hemos de partir del contenido del artículo 3.4 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria que determina que la Administración penitenciaria velará por la vida, in-

tegridad y salud de los internos; el artículo 14 dispone que la Administración penitenciaria velará para que los establecimientos sean dotados de los medios materiales y personales necesarios que aseguren el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines y entre estos, el artículo 1 dispone que la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados constituirán el fin primordial de las instituciones penitenciarias; el artículo 15 dispone que para cada penado se formará un protocolo de personalidad; el artículo 16 señala que cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento y añade que los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento. El artículo 65.1 del Reglamento penitenciario dispone que entre las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos se encuentra la observación de los internos, concretando el artículo 66 tal observación estará encaminada al conocimiento de su comportamiento habitual, de sus relaciones con los demás internos.

3. El relato de hechos probados y en lo que interesa a la cuestión planteada señala que el acusado, en el momento de la comisión de los hechos, presentaba un trastorno explosivo intermitente de la personalidad y un trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y el comportamiento, lo cual disminuye levemente sus capacidades volitivas. La explicación de este cuadro la ofrece el informe médico forense que obra al folio 69 de la causa y que señala que existe un diagnóstico de trastorno explosivo intermitente de la personalidad y un trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y el comportamiento que implica una predisposición a actuar de modo impulsivo sobre todo e irreflexivo, sobre todo en situaciones de estrés; en la conclusión médico forense se constata una dificultad para el control de impulsos. En igual sentido aparece que por medio de dictamen técnico facultativo emitido por la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia se reconoce al acusado una discapacidad derivada de un trastorno antisocial de la personalidad y un trastorno explosivo intermitente. La conclusión que se extrae de lo anterior no puede ser otra que considerar que, si bien es cierto que la agresión tuvo lugar de modo sorpresivo e inopinado, no lo es menos que la misma trae causa del carácter del agresor

y esta circunstancia, que debió ser debidamente detectada por los servicios penitenciarios correspondientes, entraña inequívocamente una situación de riesgo. La eventualidad de que en atención a la condición del agresor se produzca una situación como lo que tuvo lugar no es en absoluto improbable y esa circunstancia, el riesgo que aquella condición crea, se materializó precisamente en el delito al que se contrae la litis. Lo anterior lleva a considerar que la administración sí quebrantó especiales deberes impuestos por la normativa anteriormente trascrita pues la debida observación del interno, la constatación de su especial condición psíquica y, en definitiva, el riesgo que la anterior crea, debieron ser oportunamente ponderadas para, o bien determinar un mayor aislamiento o bien establecer unas medidas de seguridad de tal relevancia que conjuraran el peligro que P. presenta. Es evidente que la finalidad propia de la institución penitenciaria mal se compadece con la posibilidad de que el interno sea sujeto de una agresión, producida, en este caso, por la omisión de las medidas adecuadas que la observación y calificación del agresor merecía, por tanto si puede hablarse de infracción reglamentaria. Finalmente debemos abundar en el hecho de que no es preciso que se especifique en el relato de hechos probados qué concreta infracción ha tenido lugar cuando la misma es susceptible de ser decantada de aquel relato fáctico pues la afirmación de aquella infracción es cuestión de calificación jurídica de los hechos y no de necesaria incorporación, como tal, al relato fáctico, argumento éste en el que se apoyaba la resolución impugnada y que expresamente no compartimos.

La conclusión de lo expuesto no puede ser otra que la de atender a la pretensión de la acusación particular y por tanto declarar la responsabilidad subsidiaria del Estado a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

TERCERO: Sobre el segundo motivo de recurso no cabe sino su rechazo y ello es así porque la sentencia apelada valora adecuadamente las lesiones y secuelas que afectan a la víctima de los hechos enjuiciados. Contempla la sentencia la aportación al proceso de curación del propio lesionado y, en síntesis, conviene en determinada cantidad resultante de la aplicación del baremo de Tráfico. La sentencia contiene en su relato de hechos probados, no combatidos por la apelante, una descripción de las secuelas y lesiones sufridas por A. y de su contenido no se infiere en absoluto un error patente en la valoración, por otra parte no especialmente aducido en el recurso. Así las cosas, en la consideración de que la valoración del

montante indemnizatorio respeta en todo momento los hechos declarados probados y que las secuelas, al margen de su mayor o menor condicionamiento por elementos externos, son las que se dice que son y que como tal se valoran, no puede alterarse la cifra establecida por lo que merece ser rechazado el recurso planteado en este concreto aspecto.

CUARTO: En relación con las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no apreciándose temeridad en la interposición del recurso, procede declarar de oficio las mismas.

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

FALLAMOS

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A. contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2018 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el Rollo del Procedimiento Abreviado nº 32/2018, en el único extremo de que condenamos al Estado como responsable civil subsidiario del abono de las cantidades fijadas en concepto de indemnización manteniendo los restantes pronunciamientos de la resolución impugnada y ello declarando de oficio las costas de la alzada.

CAPÍTULO XIII

SANITARIA

70.- SENTENCIA N° 223/2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 21/02/2019

Corresponde a la Administración Penitenciaria la asunción de los costes derivados de la asistencia sanitaria a los internos con independencia de su afiliación a la Seguridad Social. Voto particular.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 5 de octubre de 2017 que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 19 de abril de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 6 de Sevilla, dictada en el procedimiento abreviado, en relación con la liquidación de precios públicos, por importe de 9.450,42 euros, girada por el Servicio Andaluz de Salud por el concepto de asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Puerta del Mar a internos del Centro Penitenciario El Puerto III (El Puerto de Santa María, Cádiz).

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio son los siguientes:

a) El Servicio Andaluz de Salud giró al Centro Penitenciario Puerto III en el Puerto de Santa María (Cádiz) la liquidación 0472414448362, de 9 de septiembre de 2016, ascendente a 9.450,42 euros, por la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Puerta del Mar a los internos del centro penitenciario en el año 2015. El Ministerio del Interior interpuso recurso contencioso-administrativo contra tal liquidación ante el Juzgado Contencioso Administrativo n° 6 de Sevilla, que dictó sentencia desestimatoria el

19 de abril de 2017, en el procedimiento abreviado nº 641/2016. Contra dicha sentencia interpuso el Abogado del Estado recurso de apelación.

b) La Sala de instancia dictó sentencia de 5 de octubre de 2017, estimatoria del recurso de apelación deducido, en que se anula la liquidación impugnada. La sentencia razona lo siguiente, en síntesis (FJ 2º) –por remisión a precedentes suyos–:

“[...] SEGUNDO.- Cuestión semejante a esta ha sido resuelta por esta misma Sala y sección en sentencia de fecha 7 de septiembre de 2017, recaída en el recurso de apelación número 172/2017, consideraciones que por tanto hemos aquí de reiterar. Así, teniendo en cuenta que la aludida sentencia era estimatoria de la pretensión de la Administración Penitenciaria, dijimos que la misma: “... *hace hincapié en que la Administración penitenciaria tiene encomendada la asistencia sanitaria de los reclusos, que ha de ser de carácter integral y orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación, previendo el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que, “a tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”, y razona la sentencia que ello es así “porque la asistencia a estos internos no se financia por la Administración penitenciaria, sino por la Administración sanitaria en cuanto beneficiarios de la Seguridad Social que reciben la asistencia sanitaria no por su condición de reclusos, sino por su derecho propio, que no lo pierden, en tanto asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social”, haciendo suyo el criterio de la Sala de lo Social de Sevilla de este Tribunal Superior de Justicia de 23 de octubre de 2008 (recurso 3447/2007) que, con cita de sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de abril de 2002, y de Asturias de 24 de noviembre de 2006, expone: “...En cuanto a que el penado deja de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social al entrar en prisión que se alega en el recurso, cabe indicar que el artículo 207 apartado 2 del citado Reglamento*

establece que “la administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolo, planes y procedimientos así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”, de modo que tal como concluye con acierto la sentencia en este caso al tener el interno derecho propio a la asistencia sanitaria no se abonará ninguna cantidad por él puesto que recibirá la asistencia sanitaria en virtud de ese derecho no en calidad de recluso lo que significa que dicha asistencia no se financia por Instituciones Penitenciarias sino por la propia Seguridad Social al ser el demandante un beneficiario suyo...” Esta interpretación –prosigue la sentencia apelada– no se contradice con el resto del articulado del Reglamento Penitenciario: La Administración penitenciaria asegura y garantiza la prestación de una asistencia sanitaria integral, estableciendo un modelo que distingue la atención primaria y la atención especializada. La atención primaria se dispensa con medios propios de la Administración penitenciaria o ajenos concertados por la misma, y la asistencia especializada se asegura, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud (artículo 209), pero de ello no se deriva de que esta atención especializada prestada a través del Sistema Nacional de Salud haya de ser a cargo de la Administración penitenciaria en todo caso, pues la norma lo dice y se ha de estar a los términos del correspondiente convenio de colaboración entre la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias (artículo 207.2). En caso de no haber convenio, como ha ocurrido en el año 2015 a que se refieren las liquidaciones recurridas, la atención especializada prestada a los reclusos a través del Sistema Nacional de Salud, cuando se trate de beneficiarios o asegurados de la Seguridad Social, será financiada por la Administración sanitaria, en cuanto que el interno la recibe por derecho propio y no en calidad de recluso, dado que su condición de asegurado no se altera por el hecho de ingresar en prisión. Contra ella se alza la Administración sanitaria apelante alegando que históricamente la materia estaba regulada en el Convenio suscrito el 17 de noviembre de 1995 entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia e Interior y el Servicio Andaluz de Salud, por cuya virtud el

Estado transfería a la Comunidad Autónoma una única liquidación a tanto alzado por el concepto de prestación efectuada por la Comunidad Autónoma en concepto de asistencia sanitaria a la población reclusa.

Posteriormente, y tras la extinción de ese convenio con efectos de 1 de enero de 2012, la facturación correspondiente al periodo habido entre esta fecha y la del 16 de agosto de 2013 se realizó por el Servicio Andaluz de Salud de forma centralizada al amparo de los acuerdos adoptados entre el Ministerio de Justicia y la Consejería de Salud, emitiéndose un total de 17.000 facturas por importe de 10.6 millones de euros, cantidad que ha sido recaudada a través de la cuenta restringida del Servicio Andaluz de Salud durante los años 2011 y 2015, y revela que el Estado, mediando el convenio, asumía el coste de la asistencia sanitaria de prácticamente toda la población reclusa, sin distinguir entre quienes tuvieran o no la condición de beneficiario o asegurado de la Seguridad Social, máxime si tenemos en cuenta que con anterioridad a la reforma del artículo 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud estaba consagrada prácticamente la universalización de la asistencia sanitaria a toda la población. Es a partir del 1 de enero de 2014 cuando la Administración del Estado decide no hacerse cargo del coste de las asistencias prestadas a internos con cobertura de la Seguridad Social, consistiendo la cuestión controvertida precisamente en determinar si la obligación de soportar el coste de la asistencia sanitaria prestada a la población reclusa pesa sobre el Estado o sobre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma en el caso que los internos tengan la condición de beneficiario o asegurado de la Seguridad Social, toda vez que nada discute el Estado cuando el interno en centro penitenciario no tiene esa condición de beneficiario. Para la Administración sanitaria apelante la sentencia infringe el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, así como los artículos 207 a 209 del Reglamento Penitenciario, y hace una interpretación errónea del alcance de las obligaciones sinalagmáticas asumidas por el Estado y la Comunidad Autónoma en virtud de los convenios de colaboración firmados. Invoca la apelante lo dispuesto en tales preceptos, a cuya virtud “la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos” (ex artículo 3.4), y afirma que es rotunda la dicción literal del artículo 208: “A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población”, sin señalar que se sufragará por el Sistema Nacional de Salud y sin distinguir entre presos beneficiarios y

no beneficiarios a la Seguridad Social. Alega que cuando el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario establece que “la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”, no significa que en defecto de convenio, como es el caso que ahora nos ocupa, la obligación de asumir ese gasto sea de la Administración sanitaria, al contrario, y así ha sucedido hasta 2014, y la mención que hace este precepto al número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social “sólo refiere la forma en que se ha de calcular la cuantía que ha de abonar por esta asistencia la Administración penitenciaria en el caso de que se formalicen convenios de colaboración”.

También se alega en el escrito de apelación la “incorrecta aplicación” de la sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla de 23 de octubre de 2008 pues la afirmación que en ella se hace viene referida a efectos de abono de la prestación por incapacidad temporal del penado, que es cuestión distinta a la prestación por asistencia sanitaria, y ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de julio de 2011 que tal asistencia sanitaria se presta por la Administración penitenciaria bien con medios propios o bien a través de conciertos con las Administraciones Sanitarias correspondientes, conforme disponen los arts. 208.2 y 207.2 del Reglamento, ya citados.

Insiste la Administración apelante en la falta de transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias, al no haberse dado cumplimiento a lo señalado en la disposición final segunda de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni haberse llevado a cabo lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y que hasta tanto no se cumpla con este mandato legal la asistencia sanitaria prestada a los internos es a cargo de las Instituciones Penitenciarias, y prueba de ellos son los propios convenios suscritos. Así, la cláusula octava del convenio entre Institucio-

nes Penitenciarias y la Consejería de Salud establece como fórmula de liquidación la que resulte del “número medio de internos real en régimen ordinario y cerrado, según certificación emitida por el órgano correspondiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias”. También la cláusula octava del convenio ya citado de 1995 fijaba una cantidad a tanto alzado a cargo del Estado Por la asistencia sanitaria ofertada a la población reclusa internada en los centros penitenciarios situados en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, en los términos previstos en el presente Acuerdo”, pagos que se ajustaban además a las previsiones presupuestarias de Instituciones Penitenciarias, sin que pueda prescindirse de estos antecedentes sólo por el hecho de no existir ahora convenio de colaboración, en cuya suscripción el Estado no tendría ya ningún interés, de modo que mientras que las competencias no sean transferidas a la Comunidad Autónoma andaluza, resulta de aplicación el artículo 2.6 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la financiación de la referida asistencia sanitaria a los presupuestos del Estado. Por último, invoca la Administración apelante diversas sentencias en apoyo de su pretensión y concluye que la Administración penitenciaria ostenta la condición de tercero obligado al pago. Para el Abogado del Estado, por su parte, el asunto es de “enorme sencillez” porque si un recluso tiene la condición de beneficiario a la Seguridad Social y en esa condición recibe la asistencia sanitaria, carece de sentido que la Administración sanitaria pretenda cobrar tal asistencia girando liquidación a la Administración penitenciaria, alegando el acierto de la sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla de 23 de octubre de 2008, y la incorrección de las liquidaciones recurridas, citando ejemplos de lo ocurrido en otras Comunidades Autónomas como Valencia y Canarias, donde también se giraron en un principio y luego rectificaron y las anularon, insistiendo en que el art. 207,2 del Reglamento Penitenciario parte del presupuesto según el cual la financiación a cargo de la Administración penitenciaria no comprende los gastos de los internos afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita, y por eso, “si hay convenio, así se hará constar en el mismo, pero si no lo hay, el criterio por ello no pierde valor”, siendo “absurdo” que la carga de estos gastos corresponda o no a la Administración dependiendo de si hay o no convenio, pues “si así fuera bastaría que el SAS se negara a suscribir convenio para no asumir la carga”. Añade que no es argumento válido que la sanidad penitenciaria no esté transferida a la Comunidad Autónoma andaluza porque, independientemente de esto,

antes que internos son beneficiarios de la Seguridad Social por derecho propio, y que tampoco lo es el argumento de que los gastos han de correr siempre por cuenta de la Administración penitenciaria aunque tengan la condición esos internos de beneficiarios de la Seguridad Social porque “está en contradicción” con el hecho de que hasta 2014 se suscribieron convenios de colaboración en que se tenían en cuenta esta circunstancia a efectos de repartir la carga económica. Igualmente invoca diversas sentencias en el sentido que postula.

SEGUNDO.- En primer lugar la Administración apelante invoca en apoyo de su pretensión los antecedentes históricos consistentes en las fórmulas empleadas en convenios anteriores suscritos con la Administración penitenciaria. Acerca de la relevancia de estos antecedentes históricos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2016 (recurso 424/2015), seguida por otra de 22 de diciembre de 2016 (recurso 513/2015), sobre igual materia litigiosa a la que nos ocupa, resuelve lo siguiente: “...la Comunidad de Madrid suscribió uno con la Administración Penitenciaria el 1 de enero de 2014, pero dicho convenio perdió su vigencia el 31 de diciembre de 2014, sin que conste que se haya producido renovación del mismo, tal y como preveía la cláusula 12” del mismo. Por ello habría que acudir al viejo suscrito en fecha 23 de marzo de 1995 entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia e Interior y el INSALUD, en cuya posición se subrogó la Comunidad de Madrid por virtud del Real Decreto 1479/2001, de 27 de Diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. El convenio se remite a un anexo II sobre el pago de los servicios prestados por el Insalud, y que recoge los precios a pagar por instituciones penitenciaras según servicios prestados. Al perder vigencia el convenio de 2014 cobraría vigencia el viejo convenio de 1995 dado que la Comunidad de Madrid no ha asumido competencias en materia penitenciaria, ni en su estatuto ni mediante la transferencia de competencias. El convenio de 2014 establecía un pago de la Administración Penitenciaria a la Sanidad Madrileña en función del número de población reclusa. Si bien el convenio de 1995 establecía que la asistencia sanitaria, tanto primaria como especializada, a los internos, era sufragada por Instituciones Penitenciarias, sin que entonces se excluyesen los gastos de aquellos presos que ahora si pretende que se excluyan, extremo que no ha quedado demostrado en ningún lugar partiendo de lo expuesto, y sentado como premisa, cabe plantearse, qué cambio normati-

vo ampara a la actora para pretender, en un determinado momento como este, dejar de pagar lo que venía asumiendo por entender que ahora corresponde a Sanidad Madrileña cuando se trata de internos que tienen la condición de asegurado a efectos de recibir la prestación sanitaria con cargo a los fondos públicos. No podemos perder de vista que el artículo 207-2 se limita a referirse al contenido que debe tener el Convenio entre Administraciones Públicas, no puede interpretarse de forma abstracta, al margen de la existencia de un convenio vigente y libremente aceptado, y por supuesto en vigor. Aún en el hipotético caso de que se entendiera que no existe convenio, no pueden realizarse o dar efectividad práctica a estas interpretaciones sin la existencia previa del mismo. Para que esta interpretación sea efectiva, la Administración demandante debe promover un nuevo convenio de colaboración donde se prevea la asunción proporcional de gastos o las distinciones pretendidas entre los internos y que esta interpretación sea aceptada dentro del margen de la autonomía de la voluntad por la CCAA que firme con ella dicho convenio, pero no puede suplirse esta inactividad acudiendo a la vía judicial para que sea esta la que supla la omisión de la promoción de actividad tendente a lograr convenios de colaboración, que implican cuerdos entre la Administración del Estado y una o varias Comunidades Autónomas”. Y concluye: “En la medida en que se realice un nuevo convenio sigue vigente el viejo entre el Insalud y IIPP y como tal, la facturación de las prestaciones sanitarias se realiza por los centros hospitalarios dependientes de la Gerencia regional de salud conforme a las previsiones contenidas en el mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, siendo así que la obligación que corresponde a Instituciones penitenciarias de financiar las prestaciones sanitarias a los reclusos deriva de la competencia del Estado en esta materia, razones todas ellas que conducen a desestimar el presente recurso contencioso administrativo, formulado por el Abogado del Estado”. Sin embargo, esta solución que ofrecen las expresadas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no resulta trasladable al caso que nos ocupa porque, al contrario de lo que se considera en esta sentencia, en el nuestro la Administración apelante reconoce, y es hecho incontrovertido y admitido por la Administración penitenciaria, que ahora, desde 2014, no rige ningún convenio entre ellas, sin que se invoque la vigencia de ninguno de los anteriores. Siendo esto así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de Valladolid, de 5 de abril de 2017 (recurso 397/2016), en asunto sustancialmente igual al que nos

ocupa, ofrece la correcta solución a la invocación de esos antecedentes históricos que hace la Administración sanitaria apelante, cuando recoge que, ciertamente, “llama la atención que la parte recurrente hasta ahora haya venido abonando las facturas expedidas por los centros hospitalarios de esta Comunidad Autónoma por la atención especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios ubicados en ella, en virtud de un convenio o de una práctica que se ha reiterado años, y que a partir del año 2015 se efectúe una nueva interpretación de la normativa de aplicación por parte de la Abogacía del Estado para negar la procedencia de ese pago sin llegar a un acuerdo con la otra Administración implicada sobre la distribución de estos gastos, cuando esta fórmula convencional parece que es a la que se remite el mencionado artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario y es la que se ha seguido con otras Comunidades Autónomas con las que se han suscrito convenios de colaboración. Dicho esto, tiene razón la parte apelante cuando señala que si en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva acude al órgano jurisdiccional para que resuelva, con arreglo a la normativa de aplicación, la controversia, es éste el que debe resolverla y no diferir la solución a un Convenio o acuerdo entre Administraciones”. TERCERO.- Dicho esto, también compartimos los subsiguientes fundamentos jurídicos de esta última sentencia que reproducimos a continuación: “...En la sentencia apelada se parte de que la Administración Penitenciaria es un “tercero obligado al pago” al que los servicios de salud reclaman el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas a los internos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Se establece en dicho precepto: “Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX”. Y se entiende que la Administración Penitenciaria es un tercero obligado al pago porque es ella –y no el Servicio Nacional de Salud– la que tiene el deber de prestación de la asistencia sanitaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de

septiembre, General Penitenciaria y el artículo 207 y siguientes del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (Reglamento Penitenciario).

Establece el citado artículo 3: “La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana 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. En consecuencia: Uno. .. Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión. Tres. Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. Quinto. ...” Y en el artículo 207 del Reglamento Penitenciario, se dice: “1. La asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles. 2. A tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita. 3. La Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos originados por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad”.

El artículo 208 preceptúa: “1. A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención. 2. Las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes”. Y el artículo

209: 1, Atención primaria. 1.1 La atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma. ... 2. Asistencia especializada: 2. 1 La asistencia especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud 2.3 Los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas.... Es de destacar que entre la Ley (1979) y el Reglamento (1996) se produce un cambio normativo sustancial, cual es la universalización de la asistencia sanitaria y la implantación del Sistema Nacional de Salud (artículos 1.2 y 44 de la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), así como la asunción por las Comunidades Autónomas de la competencia en materia sanitaria, que se financia en la forma establecida en el artículo 46.d), 78 y 82 de la mencionada Ley. A ello se alude en la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario en la que se dice. “La aparición de nuevas patologías con especial incidencia entre la población reclusa (drogadicción, SIDA,...), así como la universalización de la prestación sanitaria exigen una completa remodelación de la normativa reglamentaria de una de las prestaciones básicas de la Administración penitenciaria como es la prestación sanitaria. En este ámbito, al igual que ocurre en materia educativa o en el campo de la asistencia social, la normativa reglamentaria, previa a la entrada en vigor de las Leyes básicas reguladoras de cada uno de estos sectores –Ley General de Sanidad de 1986, Ley de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990– debe ser adaptada a los principios establecidos en la mismas, así como a la efectiva asunción de competencias por diversas Comunidades Autónomas. De lo expuesto resulta que lo que establece la Ley General Penitenciaria (año 1979) es que la Administración penitenciaria debe velar por la vida, integridad y salud de los internos; es decir, dicha Administración es garante de esos derechos de los internos, debe posibilitar su efectividad en la forma que legalmente proceda, lo que no comporta necesariamente que sea la competente para prestar materialmente la asistencia sanitaria ni pagarla en todo caso y en este momento por lo que se dirá después. En el momento en que se aprueba esa Ley no se había universalizado todavía la prestación sanitaria ni se había asumido la competencia de sanidad por las Comunidades Autónomas, por lo que era la Administración Penitenciaria la que la prestaba a sus internos en tanto en

cuanto es la garante de su salud (artículos 11 y 36 de la Ley General Penitenciaria), Esta situación se modifica por el cambio normativo expresado y fruto de ello es la previsión que se hace en la norma reglamentaria del año 1996, sobre la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia sanitaria de los internos, en la que se establece que solo ha de proceder al pago de una parte proporcional de los créditos fijados para esas atenciones teniendo en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita. Luego, si no todo el pago de la asistencia sanitaria corresponde a la Administración Penitenciaria, no puede afirmarse que es competencia exclusiva de dicha Administración la prestación y pago de la misma. Lo que sí es garante, como se ha dicho, de que todo interno reciba esa asistencia sanitaria. Se pasa de una asunción íntegra de la prestación y pago de la asistencia sanitaria de los internos por parte del Estado a un sistema intermedio de coordinación entre Administraciones: la Penitenciaria (estatal) y la Sanitaria (autonómica), de forma que la atención primaria de los internos se presta con medios propios de la Administración Penitenciaria, sin excluir los ajenos, y la asistencia especializada en régimen de hospitalización preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud (artículo 209 del Reglamento Penitenciario). La voluntad del Legislador es que toda la prestación sanitaria se efectúe dentro de los servicios autonómicos de salud, integrándose los medios propios de la Administración Penitenciaria en ellos. Así se prevé en la Disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Dice la mencionada Disposición: “Transferencia a las comunidades autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias. Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía”, Dicho desarrollo reglamentario no ha producido por ahora, por lo que la asistencia sanitaria de atención primaria que se presta por la Administración Penitenciaria es financiada por ella y subsiste en sistema de coordinación entre Administraciones para garantizar la asistencia sanitaria integral de los internos. Lo controverti-

do es si la prestación sanitaria en atención especializada efectuada en centros hospitalarios que no dependen de la Administración Penitenciaria sino que están integrados en el Sistema Nacional de Salud debe ser pagada por ella. La Administración Penitenciaria tendrá que pagar la asistencia sanitaria que preste a los internos con medios propios o ajenos, en este último supuesto, como tercero obligado al pago, cuando aquellos no tengan la condición de asegurados/beneficiarios/afiliados a la Seguridad Social, pero no cuando ostenten esa condición y sean atendidos en centros hospitalarios integrados en el Sistema Nacional de Salud, Y ello es así, porque el interno en un Centro Penitenciario no pierde la condición de asegurado/beneficiario/afiliado a la Seguridad Social, tal y como se define en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril 1, teniendo garantizada por ostentar esa condición “la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicas, a través del Sistema Nacional de Salud”. El reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina y una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. .3 bis de la Ley 16/2003). Los ciudadanos, en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, tiene derecho a “recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máxima, en los términos del artículo 25 y a recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir; en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma (artículos 4.b y c de la ley 16/2003). Y en el artículo 10 de la misma Ley al regular la financiación se establece que: “1. Las prestaciones que establece esta ley son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago. Las comunidades autónomas deberán destinar a la financiación de dichas prestaciones los mínimos previstos en la Ley

21/2001, de 27 de diciembre. Los sistemas de garantías que prevé esta ley son asimismo responsabilidad financiera de las comunidades autónomas.

La suficiencia para la financiación de las prestaciones y de las garantías establecidas en esta ley viene determinada por los recursos asignados a las comunidades autónomas conforme a lo establecido en la mencionada Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y de acuerdo con el principio de lealtad institucional, en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

De acuerdo con el apartado anterior; la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se acompañará de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer. Dicha memoria se elevará al Consejo de Política Fiscal y Financiera para su análisis en el contexto de dicho principio de lealtad institucional”.

Claramente establece la Ley 16/2003 que la prestación de asistencia sanitaria del asegurado es responsabilidad financiera de la Comunidad Autónoma en que resida.

No hay tercero obligado al pago cuando la asistencia sanitaria la recibe un interno que ostente la condición de asegurado, porque la prestación sanitaria la recibe él y no la Administración Penitenciaria y el “asegurado” no es un tercero, sino que está integrado en el Sistema Nacional de Salud”.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón también ha llegado a igual conclusión. Así, en sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso 167/2015), expone que de los artículos 207 a 209 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como “de la condición de asegurados y/o beneficiarios del sistema a los efectos de la asistencia sanitaria, que ostentaban los reclusos y que no se pierde por el internamiento en un centro penitenciario, cabe concluir que la asistencia especializada se debe prestar y costear preferentemente por la Administración Sanitaria y no por la Penitenciaria. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 209.2 antes transcrito y del hecho de que los restantes preceptos no impongan la asunción de tal gasto por parte de la Administración Penitenciaria.

En este sentido el artículo 207.2 dispone que los convenios de colaboración deben prever la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, teniendo en cuenta para el cálculo «el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita». La Administración Sanitaria, en fin, debe asumir en los centros sanitarios públicos la asistencia sanitaria especializada de las personas que reúnan la condición de asegurados, se hallen o no internas en un centro penitenciario, porque la privación de libertad no excluye la cobertura sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud de quien ostente dicha condición.

Esta conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que no se haya producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de los servicios sanitarios penitenciarios, porque tal circunstancia solo tendría relevancia respecto al modo de prestación y coste de la atención primaria –artículo 209.1– o de los gastos de asistencia especializada en el interior de los centros penitenciarios”.

Se impone, pues, la estimación del recurso, anulando la liquidación objeto del mismo [...]”.

SEGUNDO.- Preparación y admisión del recurso de casación.

1. La Letrada de la Administración Sanitaria, en la representación que legalmente ostenta del Servicio Andaluz de Salud, presentó el 8 de noviembre de 2017 escrito de preparación del recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas infringidas los artículos 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; los artículos 207.2 y 209.2 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996 y la infracción del artículo 10 y de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. La Sala de instancia acordó, mediante auto de 13 de noviembre de 2017, tener por preparado el recurso de casación por parte de la Letrada

de la Administración Sanitaria autonómica contra la sentencia arriba mencionada.

TERCERO.- Interposición y admisión del recurso de casación.

1. El Servicio Andaluz de Salud, representado en la forma ya indicada, interpuso recurso de casación por escrito de 17 de abril de 2018, que observa los requisitos legales, en que menciona como normas jurídicas infringidas las citadas en el escrito de preparación y en que se pretende de esta Sala: “[...] dicte en su día Sentencia porque, estimándolo, case y anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 5 de octubre de 2017, recaída en el recurso contencioso administrativo núm. 641/2016 [...]”.

2. La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 7 de febrero de 2018, en que aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

“...Determinar a qué Administración, si a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario...”.

CUARTO.- Oposición del recurso de casación.

El Abogado del Estado, en el ejercicio de la representación que por ministerio de la ley ostenta, emplazado como recurrido en este recurso de casación, presentó escrito de oposición de 25 de junio de 2018, donde suplica se dicte sentencia desestimatoria, en la que se declare que “[...] de conformidad con lo establecido en las normas expuestas, corresponde a la Administración Sanitaria asumir los costes generados por la prestación de servicios de materiales sanitarios a las personas que se encuentran intervenidas en el centro penitenciario, cuando tales personas tengan derecho a asistencia sanitaria como asegurador beneficiario (sic) o afiliado a la Seguridad Social [...]”.

QUINTO.- Vista pública y deliberación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se convocó a las partes a una vista pública, que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2018, en que las partes compareci-

das, por su orden, expusieron los argumentos que tuvieron por conveniente en defensa de sus tesis, ratificándose en sus respectivas pretensiones y dando respuesta a las preguntas que les fueron formuladas por la Sala, y a cuya finalización dio comienzo la deliberación.

SEXTO.- Audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la jurisdicción a la que debe atribuirse el conocimiento del asunto, suspensión y reanudación de la deliberación.

Mediante providencia de 5 de octubre de 2018 se concedió a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días para formular alegaciones sobre si el conocimiento de este recurso pudiera corresponder a la jurisdicción social, trámite que evacuaron recurrente y recurrido mediante sendos escritos en los que sostuvieron que el asunto era de naturaleza contencioso-administrativa y al que dio cumplimiento el Fiscal mediante otro en el que se defendía que era la jurisdicción social la competente al efecto.

Por nueva providencia de 5 de diciembre de 2018 se suspendió la deliberación hasta la reincorporación al servicio activo de uno de los magistrados que asistieron a la vista, circunstancia que se produjo el 17 de diciembre siguiente, acordándose entonces reanudar dicho acto procesal el 16 de enero de 2019, fecha en la que finalmente se deliberó, votó y falló el asunto, con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

El objeto de esta sentencia consiste en determinar a qué Administración, si a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario. En relación con dicha cuestión, hemos de tener en cuenta que, con esta misma fecha, hemos dictado sentencia en un recurso de casación, el nº 4544/2017, de similar naturaleza, en que se dilucidaban cuestiones semejantes a las aquí planteadas y donde también son comunes las interrogantes que nos suscitan los respectivos autos de admisión a los que debemos dar respuesta. La identidad no queda excluida por el hecho de que las comunidades autónomas sean distintas –en este caso, la andaluza y, en el mencionado como referencia, la madrileña-, así como por la inversión de las posiciones

procesales en casación, fruto de los fallos opuestos de las sentencias en uno y otro caso impugnadas. Procede, por tanto, una remisión in toto a lo razonado y decidido en la expresada sentencia, dada la sustancial identidad de razón entre ambos asuntos, incluidas las consideraciones iniciales que abordan la cuestión de nuestra competencia jurisdiccional como presupuesto del examen de fondo.

La fundamentación expresada en dicha sentencia da respuesta a la pretensión casacional suscitada, en dicho asunto, por la Administración del Estado, parta allí recurrente, coincidente en lo sustancial, si bien no miméticamente, con el desarrollo argumental que en este asunto despliega la Administración sanitaria andaluza que en este recurso ocupa la posición procesal de recurrente. Sin embargo, la índole de las pretensiones y los términos de los autos de admisión permiten una reducción a la unidad de la respuesta que hemos de dar a dicha argumentación, dada esa identidad sustancial entre uno y otro recurso de casación.

SEGUNDO.- Referencia a la mencionada sentencia, de esta misma fecha, pronunciada en el recurso de casación nº 4544/2017.

Dice así la expresada sentencia, mediante la transcripción literal e íntegra de su fundamentación jurídica:

“[...] PRIMERO. Cuestión previa: corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento del asunto.

1. Como ha quedado expresado en los antecedentes de hecho, el litigio que nos ocupa ha sido suscitado por la Administración del Estado por entender que determinadas actuaciones de los hospitales públicos de la Comunidad de Madrid –exigiendo a los centros penitenciarios el abono de los gastos por la asistencia hospitalaria dispensada a internos en esos centros que cuentan, por sí mismos, con el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a cargo del Sistema Nacional– son contrarias al ordenamiento jurídico.

2. La controversia jurídica que plantea el abogado del Estado en casación consiste en determinar, en efecto, si la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 2017 –que desestimó el recurso dirigido frente a aquellas liquidaciones de precios públicos– es o no conforme a Derecho, para lo cual resulta forzoso determinar, en primer lugar, si el

litigio debe ser resuelto por este orden jurisdiccional, en la medida en que se cuestiona la legalidad de determinadas actuaciones de la Administración autonómica sometidas al Derecho Administrativo en las que no se ejercitan –propriadamente– potestades en materia de Seguridad Social, o, por el contrario, por el orden social, habida cuenta que la cuestión litigiosa se refiere a la asistencia sanitaria que se dispensa a aquel colectivo (internos en centros penitenciarios), asistencia que tiene la naturaleza jurídica de prestación de la Seguridad Social.

3. La duda sobre la jurisdicción que tiene atribuido el conocimiento del recurso fue suscitada por esta misma Sala en providencia de 5 de octubre de 2018, al entender que la previsión contenida en el artículo 2, letra o) de la ley reguladora de la jurisdicción social (según el cual los órganos de dicha jurisdicción conocerán de los litigios que se promuevan en materia de prestaciones de Seguridad Social) podía determinar que fuera aquella jurisdicción la que ostenta la potestad de resolver el asunto, en la medida en que a la contencioso-administrativa no le corresponde enjuiciar –artículo 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio– las cuestiones expresamente atribuidas al orden jurisdiccional social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.

4. Es evidente que la cuestión planteaba dudas relevantes, como lo demuestra la discrepancia entre el Ministerio Fiscal (que aboga por declarar que es la jurisdicción social la que ostenta la potestad de juzgar el asunto) y las partes en el proceso (que sostienen que es la jurisdicción contencioso-administrativa la que debe resolver el litigio).

Y es que, ciertamente, la actividad que ha sido prestada por los hospitales públicos madrileños a los internos en centros penitenciarios ha consistido, efectivamente, en la asistencia sanitaria hospitalaria, que constituye una prestación de la Seguridad Social, cuyo análisis podría corresponder, prima facie, a la jurisdicción social a tenor del artículo 2.º) de su ley reguladora. Sin embargo, las pretensiones ejercitadas en el proceso por las partes –la Administración penitenciaria y la Administración sanitaria autonómica– no versan sobre si los citados internos en centros penitenciarios tienen o no derecho a la asistencia sanitaria en los hospitales públicos del sistema nacional de salud, sino sobre algo bien distinto, a saber: cuál de esas dos Administraciones debe hacerse cargo del coste de aquella prestación, en el bien entendido que no se suscita controversia

entre las partes sobre la procedencia de que sea la sanidad pública madrileña la que debe prestar la asistencia hospitalaria correspondiente.

5. Este último extremo –el del reparto de costes, único que es debatido por las partes– y, sobre todo, la naturaleza de la retribución que la administración autonómica exige al Estado –un precio público a tenor del Anexo I, letra E) del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprueba el catálogo de servicios retribuidos por precios públicos– conduce a la Sala a entender que el conocimiento del litigio corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entendemos que debe ser esa nuestra decisión por las siguientes razones:

a) *No está en cuestión el derecho de los presos a recibir la asistencia sanitaria; tampoco se discute que esa asistencia deba ser dispensada a través del sistema sanitario cuya titularidad corresponde a la Comunidad de Madrid. La controversia se ciñe exclusivamente a determinar qué Administración pública –si aquella bajo cuya dependencia se halla el paciente o aquella otra en la que se presta el servicio asistencial– debe afrontar los gastos de tal prestación, de manera que el asunto se asemeja más a un litigio entre Administraciones públicas del artículo 44 de la ley de esta jurisdicción que a un pleito en materia de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 2.o) de la ley reguladora de la jurisdicción social.*

b) *Ciertamente, este último precepto –el contenido en la letra o) del artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre– extiende las atribuciones de la jurisdicción social no solo al conocimiento de los litigios “en materia de prestaciones de Seguridad Social”, sino también a la “imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos”. Tal previsión, empero, no coincide con la que aquí nos ocupa, pues –insistimos– no está en cuestión quién debe prestar la asistencia (esto es, quién es el responsable de tal actividad), sino quién debe abonar la dispensada, en el bien entendido que no se suscita controversia alguna en punto a qué entidad es la obligada a prestar la asistencia hospitalaria correspondiente (el hospital integrado en el servicio público madrileño de salud).*

c) *En el presente proceso no se impugna un acto de la Administración autonómica dictado en ejercicio de sus funciones y potestades en materia de Seguridad Social, sino un acto de esa misma Administración pública*

de naturaleza tributaria, emanado del órgano económico-administrativo competente (la Junta Superior de Hacienda de la Comunidad de Madrid), precisamente porque el coste del servicio prestado tiene naturaleza de precio público a tenor del texto refundido de la ley de tasas y precios públicos de dicha Comunidad Autónoma y del Anexo I, letra E –Consejería de Sanidad– del acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de julio de 1998 por el que se aprueba el catálogo de servicio susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos.

d) No albergamos dudas sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación que nos ocupa. El artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, dispone que «tendrán la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados». Y este mismo concepto lo encontramos en el artículo 22 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre (texto refundido de la ley de tasas y precios públicos de la Comunidad de Madrid). De este modo, la contraprestación por la asistencia sanitaria dispensada a presos de Centros Penitenciarios que resultan beneficiarios/afiliados a la Seguridad Social debe entenderse como un precio público, en la medida en que dicha contraprestación pecuniaria satisface el servicio prestado por hospitales insertos en el Servicio Madrileño de Salud, realizado –cabalmente– en régimen de Derecho público, extremo admitido por las partes.

e) Esta última circunstancia –la naturaleza de las sumas exigidas a los centros penitenciarios– impide que resulte de aplicación el artículo 2.s) de la ley reguladora de la jurisdicción social, pues los actos impugnados en el proceso no han sido dictados en materia de Seguridad Social, sino en ejercicio de las potestades administrativas de la Administración autonómica en materia tributaria.

SEGUNDO. Determinación de la normativa aplicable y posición de las partes en relación con la interpretación de la misma.

1. La solución del recurso –que exige determinar qué Administración debe satisfacer el coste de la asistencia hospitalaria dispensada por los hospitales públicos madrileños a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social–

obliga a comenzar reproduciendo en lo esencial los preceptos (legales o reglamentarios) que disciplinan la cuestión litigiosa, concretamente:

a) Los artículos 3 y 3.bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que disponen, respectivamente, que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español” y que “una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual”.

b) El artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que establece en su número 2 que “se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión” y que destaca en su número 4 que “la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”.

c) El artículo 36 de dicha norma legal, que prevé –además de la presencia de un médico, como mínimo, en cada centro penitenciario y la existencia de servicios sanitarios en cada establecimiento– que los internos puedan ser asistidos en instituciones hospitalarias de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o urgencia, “en otros centros hospitalarios”.

d) La normativa de la Comunidad de Madrid sobre precios públicos, constituida por el Real Decreto Legislativo 1/2002 y la Orden 731/2013 –aquí aplicable racione temporis–, a tenor de la cual se garantiza a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal y se dispone, en relación con los supuestos en los que aparezca un tercero obligado al pago a tenor del artículo 83 de la Ley General de Sanidad, que los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria a cargo de dicho tercero tendrán la consideración de ingresos propios del Servicio de Salud y, además, que “las administraciones públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”.

e) El artículo 207 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, que, tras establecer en su

número primero que “la asistencia sanitaria tendrá carácter integral”, dispone en su número segundo lo siguiente: “a tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”.

f) El artículo 208 de dicho Reglamento, según el cual (i) “a todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población” y, además, (ii) “las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes”.

g) El artículo 209 de ese mismo Reglamento Penitenciario que distingue entre la “atención ‘primaria’”, que se dispensará “con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma”, y la “asistencia especializada”, que “se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud”, teniendo en cuenta que la que se preste en régimen de especialización “se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario” y que “los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas”.

h) La disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, citada, según la cual “los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud”, a cuyo efecto “en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional

de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía”.

2. Partiendo de que no se ha producido aún la integración prevista en este último precepto legal y de que no existe –desde el 1 de enero de 2015– Convenio en vigor entre la Comunidad de Madrid y el Ministerio del Interior (pues perdió vigencia el anterior y ni se prorrogó, ni se llegó a un nuevo acuerdo), la sentencia recurrida y la citada Comunidad Autónoma consideran que el coste de la asistencia sanitaria dispensada en los hospitales del Sistema Madrileño de Salud a todos los internos –sin excepción– en centros penitenciarios debe abonarse en su totalidad por la Administración General del Estado. Fundamentan dicho criterio en las siguientes proposiciones:

a) Cuando el artículo 208.2 del Reglamento Penitenciario dispone que las prestaciones sanitarias “se garantizarán en los centros penitenciarios con medios propios o ajenos concertados por la Administración penitenciaria” no distingue entre atención primaria y asistencia especializada, lo que solo puede querer decir que esta última debe ser garantizada también por Instituciones Penitenciarias, aunque sea con medios concertados.

b) La relación de sujeción especial que vincula a los presos con la institución penitenciaria no se rompe por su hospitalización externa o por su tratamiento fuera de la prisión, de suerte que tales centros son una auténtica prolongación del centro penitenciario, que no exonera a la Administración competente (el Estado) de su deber de garantizar la asistencia integral.

c) No empece tal conclusión –para la Comunidad recurrida– la previsión contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario relativa a la necesidad –en los convenios que habrán de formalizar la Administración Penitenciaria y las Administraciones sanitarias– de prever la financiación de la asistencia a cargo de la primera de esas Administraciones “mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para esas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”. No altera aquella tesis porque, a juicio de la Comunidad de Madrid, tal precepto solo es aplicable cuando hay convenio y, además, porque en todos los convenios anteriores suscritos por Instituciones Penitenciarias con las Comunidades

Autónomas se calculó la contraprestación económica en atención al número de presos en régimen ordinario y cerrado de los centros penitenciarios, sin distinguir si tales presos tenían o no la condición de asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social.

d) En cualquier caso, la tesis preconizada por la Administración del Estado y por algunas Salas de otros Tribunales Superiores de Justicia (como Aragón) conduciría a una conclusión absurda: si no pueden girarse facturas hasta que no se suscriba un nuevo convenio de colaboración, ¿para qué iba el Estado a concertarse con las Administraciones sanitarias si éstas ya tienen el deber legal de abonar los servicios dispensados en los hospitales públicos?

e) Finalmente, se sostiene por la Comunidad de Madrid que la parte recurrente va en contra de sus propios actos en la medida en que en los convenios suscritos con anterioridad se señaló expresamente que el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, asumirá con cargo a su presupuesto la asistencia sanitaria de los internos en los términos y forma de pago establecidos en las cláusulas cuarta y quinta del presente Convenio, siendo así que en estas dos cláusulas se prevé un pago per cápita de determinada cantidad (500 euros) atendiendo a la “media real de internos” del ejercicio, sin distinguir si éstos tenían o no derecho, por sí mismos, a la asistencia sanitaria pública y gratuita.

3. El abogado del Estado discrepa abiertamente de tal conclusión pues considera que de los preceptos más arriba transcritos se desprende inductivamente –a falta de convenio en vigor entre ambas Administraciones Públicas– que es la Comunidad de Madrid la que debe asumir el coste de la asistencia especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios que ostentan la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social. Y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la privación de libertad no excluye la cobertura sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud de quien ostente dicha condición. Como se desprende del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, los asegurados/beneficiarios/afiliados a la Seguridad Social tienen garantizada “la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud”, siendo así que –a tenor del artículo 3.bis

de esa misma Ley– “una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual”.

b) Además, siempre según el abogado del Estado, el artículo 209.2 del Reglamento Penitenciario establece con claridad la preferencia del Sistema Nacional de Salud para la prestación de la asistencia sanitaria especializada a la población reclusa, al distinguir entre atención primaria (que se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciario o ajenos concertados) y asistencia especializada (que se asegurará preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud).

c) Corroborar la tesis que defiende el representante de la Administración del Estado, a su juicio, la regulación de los convenios de colaboración prevista en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, de la que se infiere que la asistencia sanitaria deberá prestarse –y sufragarse– por el Sistema Nacional de Salud (i) sobre aquellos internos que reúnan la condición de asegurados, beneficiarios o afiliados a dicho sistema y (ii) sobre las prestaciones propias de la asistencia sanitaria especializada recogida en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, excluyendo la atención primaria, única a cargo de la Administración Penitenciaria.

TERCERO. Criterio de la Sala: la asistencia sanitaria especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios debe ser sufragada por Instituciones Penitenciarias aunque tales internos sean beneficiarios, afiliados o asegurados del Sistema Nacional de Salud.

1. El litigio que nos ocupa trae causa de dos incumplimientos de sendas exigencias legales, imputables –con mayor o menor intensidad– a ambas partes en el proceso.

El primer incumplimiento es el del mandato contenido en la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que prevé la transferencia a los órganos autonómicos de salud, mediante real decreto y en el plazo de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de dicha ley, de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias, que pasarán a integrarse en aquel Sistema conforme al método de traspasos establecido estatutariamente.

El segundo es el de la previsión contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario que exige (“formalizarán”, dice el precepto) que la administración penitenciaria y las administraciones sanitarias suscriban convenios de colaboración en los que, por lo que ahora interesa, se determine la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones.

2. La solución a la controversia no está exenta de cierta complejidad, como lo demuestra el hecho de las distintas posturas adoptadas por nuestros tribunales, seguramente porque ambos criterios cuentan con argumentos perfectamente defendibles.

Nuestra solución –que, adelantamos, coincide con la de la sentencia recurrida– parte de dos consideraciones, derivadas de la normativa que más arriba se ha transcrito: la primera, que la protección integral de la salud del interno es un deber que se impone a la administración penitenciaria, a cuyo cargo tiene a una persona vinculada a ella por una evidente relación de sujeción especial; la segunda, que no hay un solo precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria (cuando es dispensada a los presos fuera del establecimiento y por medios ajenos a la institución penitenciaria) deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta dicho servicio.

3. Como se sigue de las normas que transcribimos parcialmente más arriba, las prestaciones sanitarias se garantizan a los internos por la Administración penitenciaria con medios propios o ajenos concertados (en el caso de la atención primaria) y preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud (en los supuestos de la asistencia especializada), sin que el precepto que establece tal distinción (el artículo 208.2 del Reglamento Penitenciario) recoja diferencia alguna en relación al abono de los gastos derivados de la asistencia de una u otra clase, pues solo ordena a la Administración Penitenciaria “garantizar” a todos los presos aquellas prestaciones.

4. Las partes han hecho especial hincapié –en sus escritos procesales y en el acto de la vista– en la dicción literal del artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, precepto que ambas invocan a su favor, y que conviene reproducir nuevamente en su integridad. Dice así el precepto:

“(…) la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”.

Sostiene el abogado del Estado, en efecto, que cuando la norma se refiere al “pago proporcional” y, sobre todo, cuando menciona que el cálculo de la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria se efectuará a tenor del “número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita” está queriendo decir que tales internos no pueden computarse para fijar la financiación, argumento que se completa con otra afirmación, según la cual la privación de libertad no altera en absoluto la condición de beneficiario de la Seguridad Social del preso.

La letrada de la Comunidad de Madrid, por el contrario, afirma que la aplicación del precepto exige un convenio en vigor (que aquí no existe) y, además, que la norma dice meridianamente que la financiación de la asistencia sanitaria es “a cargo de la Administración Penitenciaria”, la única legalmente obligada a garantizar de manera completa y eficaz la salud de los internos en los centros que ella misma gestiona.

5. Vaya por delante que la tesis del representante de la Administración del Estado está en abierta contradicción con sus propias actuaciones anteriores, concretamente con los convenios de colaboración que suscribió al respecto con la propia Comunidad de Madrid. Si analizamos el último de ellos (publicado en el BOE de 29 de enero de 2014) comprobamos sin esfuerzo que Instituciones Penitenciarias abona a la Administración sanitaria madrileña “un pago capitativo de 500 euros para el año 2013”, que se actualizará en el año siguiente, y que parte de una retribución por preso a tenor de la “media real de internos en enero y febrero de 2013” (fijada en 8019 presos en centros penitenciarios), sin que aparezca en el convenio el menor atisbo de distinción derivada de que el preso concernido ostente o no la condición de afiliado a la Seguridad Social.

Es posible que lo anterior no constituya un acto propio en sentido estricto, pero sí resulta al menos curioso o singular que desde el 1 de enero de 2015 se defienda que no hay gasto alguno que el Estado deba sufragar en relación con la asistencia hospitalaria a presos con derecho a la Seguridad Social y que, previamente, se haya convenido con las Comunidades Autónomas un sistema en el que el Estado sí financiaba dicha asistencia.

6. En cualquier caso, la necesidad de “tener en cuenta” el número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita, impuesta por el precepto reglamentario a quienes deberán suscribir el convenio de colaboración, no significa –no puede significar– que aquellos internos se excluyan de la financiación o que el gasto de su asistencia haya de ser asumido íntegramente por la Administración sanitaria.

Si así fuera –esto es, si el reglamento hubiera querido que ese gasto fuera completamente ajeno a la administración penitenciaria– el precepto no llamaría al convenio para fijar una retribución a cargo de Instituciones Penitenciarias, sino que la excluiría completamente, señalando al respecto que la financiación que debe procurar el Estado solo va referida a la asistencia dispensada a quienes no están afiliados a la Seguridad Social.

Además, si tal exclusión fuera la que se deriva de aquel precepto, no alcanza la Sala a entender cómo el Ministerio del Interior ha sufragado, hasta el 31 de diciembre de 2014 y a tenor de convenios de colaboración suscritos sucesivamente con las administraciones sanitarias correspondientes, la asistencia especializada dispensada a todo tipo de reclusos por los Servicios de Salud competentes.

7. Resulta esencial, para resolver el litigio, insistir en que la normativa aplicable impone a la administración penitenciaria garantizar a los internos la asistencia sanitaria, sea con medios propios, sea con medios concertados. Tal exigencia –que se desprende nítidamente de los artículos 208 y 209 del Reglamento Penitenciario– no permite diferenciar entre atención primaria y asistencia especializada para imputar solo el coste de la primera –como el recurrente pretende– al Estado, pues la prestación de ambas constituye una obligación de la administración penitenciaria, si bien las mismas podrán desarrollarse con medios propios o con medios concertados (e incluso no concertados, en los casos de urgencia justificada, en

los que habrá que acudir al hospital más próximo al centro penitenciario según el artículo 209.2.2 del repetido Reglamento penitenciario).

Y tampoco permite –aquella exigencia legal– que se impute el coste de la prestación a la administración sanitaria por la sola circunstancia de que el paciente –interno en una prisión– goce por sí mismo de los beneficios de la Seguridad Social. Esa excepción hubiera necesitado, como dijimos, una expresa previsión normativa que, en el caso, no concurre.

8. Por último, el acogimiento de la pretensión actora conduciría a un estado de cosas no querido en absoluto por la normativa que resulta de aplicación en la medida en que ésta llama a los convenios de colaboración para concretar la forma en la que la administración penitenciaria financiará la asistencia sanitaria prestada por las administraciones sanitarias.

Es importante resaltar que el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, de continua cita, no deja libertad a las dos administraciones concernidas para suscribir los convenios de colaboración, sino que exige el concierto para determinar la financiación a cargo de la administración penitenciaria. Bastaría entonces con no suscribir convenio alguno para hacer ilusoria aquella previsión, trasladando a los órganos judiciales – como ahora sucede– la adopción de una decisión que, legalmente, debería haber sido tomada concertadamente por la administración penitenciaria y la administración sanitaria.

9. En definitiva, en la medida en que tienen la consideración de terceros obligados al pago –en los términos del artículo 83 de la Ley General de Sanidad y de la normativa de la Comunidad de Madrid que señalamos más arriba– aquellos que, “en virtud de normas legales o reglamentarias”, deban hacerse cargo del importe de la prestación correspondiente, la administración penitenciaria reúne aquella condición pues así viene establecida por las normas legales y reglamentarias que más arriba han sido analizadas e interpretadas.

CUARTO. Respuesta a la cuestión interpretativa que suscita el auto de admisión.

Con los razonamientos expuestos estamos en condiciones de dar cumplimiento a lo que establece el artículo 93.1 de nuestra Ley Jurisdiccional y responder a la cuestión suscitada en el auto de admisión, como necesitada de esclarecimiento, consistente en “determinar a qué Administración, si

a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario”.

Y la respuesta, coherente con los anteriores fundamentos jurídicos y partiendo de la situación de hecho contemplada en este asunto –la inexistencia de convenio de colaboración suscrito entre ambas administraciones-, es que corresponde a la administración penitenciaria la asunción de tales costes, con independencia de que el interno en los centros penitenciarios que recibe la asistencia sea o no beneficiario, afiliado o asegurado a la Seguridad Social [...]”.

TERCERO. Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

La lógica consecuencia de lo hasta ahora expuesto no puede ser otra que la de estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración sanitaria andaluza, en la medida en que la sentencia recurrida, al estimar el recurso de apelación deducido por la Administración del Estado, mediatamente frente a las liquidaciones de precios públicos giradas por el Servicio Andaluz de Salud, en concepto de asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Puerta del Mar a internos del Centro Penitenciario El Puerto III (El Puerto de Santa María, Cádiz), ha decidido el recurso de forma contradictoria con la doctrina expuesta.

CUARTO. Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta de la parte recurrente, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto.

FALLO

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

Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico segundo, por referencia a los fijados en el fundamento cuarto de la sentencia pronunciada en esta fecha, en el recurso de casación nº 4544/2017.

Segundo. Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto la Letrada de la Administración Sanitaria, en la representación que, por ministerio de la Ley, ostenta del SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación nº 429/2017, sentencia que se casa y anula.

Tercero. No formular pronunciamiento sobre las costas del

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 21/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACIÓN

Número: 5975/2017

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado N.M.G. en el recurso de casación núm. 5975/2017.

Disiento del fallo de la sentencia mayoritaria porque, en mi criterio, el importe o coste de la asistencia sanitaria dispensada en centros sanitarios integrados en el Servicio Andaluz de Salud a personas que son internos de establecimientos penitenciarios situados en la Comunidad de Andalucía, pero son y conservan su condición de afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social, debe ser asumido por dicho Servicio Andaluz de Salud y no por la Administración Penitenciaria.

Desde esta idea principal, considero que el criterio interpretativo debía haber acogido la diferenciación que ha de hacerse entre internos afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social y aquellos otros que no tienen esa cualidad.

Y entiendo, en coherencia con lo anterior, que la liquidación litigiosa girada al Ministerio del Interior resultaba improcedente; y, por tal razón, hubo de ser desestimado el recurso de casación.

Las razones de mi discrepancia están representadas por lo que expongo en los ordinales siguientes.

PRIMERO.- *Las premisas normativas de las que debe partirse.*

Han de ponderarse conjuntamente, y también interpretarse con ese criterio unitario y sistemático poniéndolas en relación, tanto la normativa sanitaria aplicable al Sistema Nacional de Salud definido en el artículo 44.2 de la Ley 124/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como la normativa penitenciaria.

Y de esos textos normativos, sanitarios y penitenciarios, deben destacarse muy especialmente los preceptos que seguidamente se transcriben.

1.- Los artículos 3.2, 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que disponen:

«Artículo tres.

2. La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva».

«Artículo dieciséis.

Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios:

(...).

3. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas, administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes».

«Artículo ochenta y tres.

Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados».

2.- Lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

«Artículo 2. Principios generales.

Son principios que informan esta ley:

a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias.

b) El aseguramiento universal y público por parte del Estado.

3.- El artículo 2.7 del RD 1030/2006 y su Anexo IX al que se remite

«Artículo 2. Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

(...).

7. Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX.

Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos

como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad».

«ANEXO IX

Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago

Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.

3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

4. Seguros obligatorios:

- a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.
- b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.
- c) Seguro obligatorio de viajeros.
- d) Seguro obligatorio de caza.
- e) Cualquier otro seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

6. Ciudadanos extranjeros:

a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.

b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago.

a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.

b) Seguro escolar.

c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes».

4.- Los artículos 3 (apartados 2 y 4) y 36 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

«Artículo tercero

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana 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.

En consecuencia:

Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo

que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.

Tres. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.

Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

Cinco. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre».

«Artículo treinta y seis

Uno. En cada centro existirá al menos un Médico general con conocimientos psiquiátricos encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas. Igualmente habrá cuando menos un Ayudante Técnico Sanitario y se dispondrá de los servicios de un Médico Odontólogo y del personal auxiliar adecuado.

Dos. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios.

Tres. Los internos podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho».

5.- Los artículos 207, 208 y 209 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

«Artículo 207. *Asistencia integral.*

1. La asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles.

2. A tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita.

3. La Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos originados por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad.

Artículo 208. Prestaciones sanitarias.

1. A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención.

2. Las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes.

Artículo 209. Modelo de atención sanitaria.

1. Atención primaria:

1.1 La atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma. Los Establecimientos penitenciarios contarán con un equipo sanitario de atención primaria que estará integrado, al menos, por un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería. Se contará igualmente, de forma periódica, con un psiquiatra y un médico estomatólogo u odontólogo.

1.2 Los Centros de mujeres dispondrán además de los servicios periódicos de un ginecólogo y, cuando convivan niños con sus madres, de un pediatra.

2. Asistencia especializada:

2.1 La asistencia especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud. Se procurará que aquellas consultas cuya demanda sea más elevada se presten en el interior de los Establecimientos, con el fin de evitar la excarcelación de los internos.

2.2 La asistencia especializada en régimen de hospitalización se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario.

2.3 Los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas.

3. La dispensación farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas se harán efectivas por la Administración Penitenciaria, salvo en lo relativo a los medicamentos de uso hospitalario y a los productos farmacéuticos que no estén comercializados en España».

SEGUNDO.- Conclusiones que cabe extraer de la normativa anterior en cuanto al acceso a los centros sanitarios del Servicio Nacional de Salud.

Lo que resulta de las anteriores prescripciones legales es lo siguiente:

- el principio de igualdad que rige en la prestación de los servicios que ha de dispensar el Sistema Nacional de Salud y el principio de aseguramiento universal y público por parte del Estado;

- las dos modalidades de usuario con las que se puede acceder a los servicios sanitarios: usuarios con derecho a la asistencia de los Servicios de Salud; y usuarios sin ese derecho, que pueden acceder a los servicios sanitarios con la condición de pacientes privados; y

- la posibilidad de facturar a estos pacientes privados del Sistema Nacional de Salud la atención que hayan recibido, tomando como base sus costes efectivos y teniendo los correspondientes importes la condición de ingresos propios de los Servicios de Salud.

Siendo también de subrayar, como complemento de lo anterior, que la condición de usuario privado del Sistema Nacional de Salud que ha de so-

portar la facturación que establece el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [Ley General de Sanidad] corresponde a todo sujeto jurídico que de cualquier forma resulta beneficiario de los servicios sanitarios prestados a título privado por el Sistema Nacional de Salud.

Y que, por tal razón, cabe hablar de un usuario privado directo, que es la persona que recibe directamente la atención sanitaria; y de un usuario privado indirecto, que es el sujeto o entidad privada que, en virtud de una relación de esta naturaleza, asume el compromiso ante determinada persona de prestarle asistencia sanitaria y, ante la dificultad de poder cumplirlo, originada por cualquier circunstancia, deriva a ese paciente particular suyo al Sistema Nacional de Salud y solicita a este último que le sustituya en la dispensa de esa asistencia a la que se había comprometido con su paciente particular.

Debiendo afirmarse, así mismo, que el cuadro de relaciones con el Sistema Nacional de Salud incluye a los terceros que resultan obligados al pago de las atenciones o prestaciones sanitarias que hayan sido facilitadas directamente a otras personas por dicho Sistema Nacional de Salud; que dicha obligación de pago puede resultar de cualquiera de los títulos que enumera el anexo IX; que, entre estos títulos, su punto 7.c) incluye el supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes; y que el usuario privado indirecto obligado a soportar la facturación según lo establecido el artículo según lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [Ley General de Sanidad] resulta encuadrable en ese supuesto del punto 7.c) que acaba de mencionarse.

TERCERO.- Conclusiones generales sobre los sujetos a quienes el correspondiente Servicio de Salud podrá facturar y exigir el importe de la asistencia sanitaria privada en su condición de usuario privado.

Con base en todo lo anterior, puede concluirse que las atenciones o servicios sanitarios dispensadas por el Sistema Nacional de Salud podrán ser reclamadas, reconociendo en ellos la condición de usuario privado, a los sujetos jurídicos o entidades siguientes:

(1) a las personas físicas que, a solicitud de ellas mismas, hayan recibido directamente la asistencia sanitaria;

(2) a los sujetos o entidades sanitarias que actúan como usuarios indirectos del Sistema Nacional de Salud, por actuar en relación con personas físicas frente a las que asumieron el compromiso de dispensarles asistencia sanitaria encuadrable en una relación de derecho privado y, ante las dificultades de hacerlo con sus propios medios derivaron a aquellas hacia el Sistema Nacional de Salud y solicitaron de este que efectuara esta dispensa; y

(3) que éstos últimos resultan encuadrables en el supuesto de terceros obligados que enumera el apartado 7.c) del anexo IX al que se remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

CUARTO.- Conclusiones particulares sobre el carácter que ha de atribuirse a la asistencia sanitaria prestada, por cualquiera de los Servicios de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, a los internos de establecimientos penitenciarios que conservan su condición de afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

La interpretación conjunta de los apartados dos y cuatro del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y del artículo 36 de este mismo texto legal, permite apreciar unos mandatos normativos en materia de asistencia sanitaria a los internos en establecimientos penitenciarios. Son estos que continúan:

Que la Administración penitenciaria tiene la obligación de velar por la vida, integridad y salud de la totalidad de los internos y, consiguientemente, tiene el deber de facilitar a todos ellos la asistencia sanitaria que reclame la debida atención de esos derechos de los internos a cuya protección viene obligada.

Que para la prestación de esa asistencia sanitaria la Administración penitenciaria organizará unos servicios médicos mínimos en cada establecimiento penitenciario y, también, instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario.

Que la asistencia deberá ser dispensada en caso de necesidad o urgencia en otros centros hospitalarios.

Y que la Administración penitenciaria adoptara, así mismo, medidas para que los internos conserven sus derechos a las prestaciones de Seguridad Social que hubiesen adquirido antes de ingresar en prisión.

La toma en consideración de estos mandatos permite, a su vez, estas conclusiones:

- El deber de asistencia sanitaria a los internos que, por ser afiliados a un Régimen de la Seguridad Social, merezcan la condición de usuarios con derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud, podrá ser cumplido por la Administración penitenciaria trasladando a esos internos al correspondiente Servicio de Salud; y así debe ser considerado en aplicación de lo establecido en el apartado dos del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y esta asistencia sanitaria deberá correr a cargo del Servicio de Salud según lo que se razonó con anterioridad.

- En lo que hace a la asistencia sanitaria que por parte de la Administración Penitenciaria se reclame en cualquiera de los Centros del Sistema Nacional de Salud (Sistema Nacional de Salud) para internos no afiliados en el sistema de Seguridad Social, dicha Administración Penitenciaria tendrá la condición de usuario privado indirecto del Sistema Nacional de Salud; y, en consecuencia, el correspondiente Servicio de Salud podrá exigir y facturar el importe de la asistencia dispensada.

No es obstáculo para lo anterior la previsión, contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario de 1996, sobre la posibilidad de que la Administración Penitenciaria y las Administraciones sanitarias formalicen convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria.

La razón de que así deba ser considerado es que este Reglamento no deroga ni modifica el régimen principal que establece la Ley General de Sanidad sobre la distinción que debe hacerse, dentro de asistencia sanitaria prestada en el Sistema Nacional de Salud, entre usuarios con derecho a la asistencia en los Servicios de Salud y pacientes privados; y sobre la posibilidad de facturar a éstos últimos el coste de los servicios recibidos, cuyos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud.

Lo que conlleva a considerar que la posibilidad de que la Administración Penitenciaria reclame del Sistema Nacional de Salud la asistencia sanitaria para internos, bien como usuarios con derecho bien como usuarios privados, deriva de la Ley General de Sanidad sin necesidad del Convenio.

A lo que antecede han de sumarse estas otras dos consideraciones: (i) la finalidad principal de esos Convenios es establecer unos criterios de coor-

dinación de las actuaciones que cada una de esas dos Administraciones deberán llevar a cabo cuando hayan de relacionarse en razón de la asistencia sanitaria que el Sistema Nacional de Salud haya de prestar a los internos penitenciarios; y (ii) también ese artículo 207.2 del citado Reglamento parece admitir que la Administración Penitenciaria sólo deberá financiar la asistencia sanitaria que haya sido prestada a internos que merezcan la condición de pacientes privados del Sistema Nacional de Salud porque, en orden a calcular esa financiación, señala literalmente:

«se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita».

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que disiente.

71.- AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 26 DE SEVILLA DE FECHA 11/03/2019

Se autoriza internamiento de interno en la Unidad de Salud Mental a solicitud del Hospital Psiquiátrico Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Hospital Psiquiátrico Penitenciario se ha solicitado autorización judicial para el ingreso del interno en la Unidad Salud Mental del Hospital Reina Sofía de Córdoba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud, se ha incoado expediente en el que se ha examinado personalmente a la persona a ingresar, que, asimismo, ha sido reconocida por el facultativo designado por este Juzgado, que ha dictaminado que el paciente padece Esquizofrenia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 763.1 párrafo primero de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que al internamiento por razón de trastornos psíquicos de una persona que no pueda decidirlo por sí, aunque esté sometido

a la patria potestad, requiere autorización judicial del tribunal del lugar donde resida la persona enferma.

Según el mismo precepto, la autorización judicial queda supeditada a que un facultativo designado por el propio Juzgado dictamine la procedencia del internamiento y al requisito de que el Juez examine personalmente a la persona que se pretende ingresar, sin perjuicio de cualquier otra prueba que se estime pertinente.

Este Juzgado es competente territorialmente para resolver sobre dicha autorización por tener su domicilio en su circunscripción la persona que se pretende ingresar (artículo 62.1º y 63.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SEGUNDO.- En el presente caso el facultativo designado por el Juzgado ha dictaminado como se ha puesto de relieve en los antecedentes de esta resolución, que procede el internamiento solicitado y, asimismo, la persona enferma ha sido examinada personalmente por el que provee, por lo que procede conceder la autorización solicitada.

TERCERO.- Aunque la autorización concedida es, en principio, indefinida, pues depende de la evolución de los trastornos psíquicos determinantes de la medida, el mismo artículo 763 en su apartado 4º determina que el/los facultativo/s que atiendan al enfermo deben informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, a no ser que proceda el alta clínica.

PARTE DISPOSITIVA

1.- SE AUTORIZA EL INTERNAMIENTO del interno en la Unidad de Salud Mental del Hospital Reina Sofía de Córdoba.

2.- El/los facultativo/s que atiendan a la persona ingresada deban informar a este tribunal cada SEIS MESES de la necesidad del mantenimiento de la medida, a no ser que antes proceda al alta clínica.

3.- Comuníquese esta resolución al Ministerio Fiscal, por si estima procedentes promover la declaración de incapacidad.

4.- Notifíquese esta resolución al/a la solicitante y al Ministerio Fiscal como defensor de la persona ingresada.

72.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 03/05/2019

Se autoriza a los servicios médicos hospitalarios para que informen a los facultativos del Centro Penitenciario sobre el estado de salud del interno.

ANTECEDENTES HECHO

ÚNICO.- En este Juzgado se tramita expediente en virtud de escrito remitido por el Centro Penitenciario de A Lama en relación al interno de dicho Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una solicitud de autorización para que el Hospital Álvaro Cunqueiro le facilite los informes médicos del interno, ingresado en la UCI de dicho Hospital.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe favorable.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el artículo 762 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, remitidos por el Centro Penitenciario de A Lama, procede la estimación de la solicitud de autorización solicitada por el Centro Penitenciario ya que, el interno tiene una relación de sujeción especial con la Administración Penitenciaria, y ésta, a su vez, tiene el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos (artículo 4.2 del Reglamento Penitenciario). Además dichos informes son necesarios para que los facultativos del Centro Penitenciario puedan emitir informe para que la Administración penitenciaria pueda realizar los trámites administrativos necesarios.

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

PARTE DISPOSITIVA

SE ESTIMA la solicitud de autorización para que los servicios médicos del Hospital Álvaro Cunqueiro informen a los facultativos del Centro Penitenciario A Lama sobre el estado de salud del interno al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo. ARCHIVÁNDOSE el presente expediente.

REMÍTASE oficio al Hospital Álvaro Cunqueiro a los efectos de comunicarle la presente autorización y que remitan a los facultativos del Centro Penitenciario los informes solicitados sobre el estado de salud y sobre pronóstico de evolución del interno.

CAPÍTULO XIV

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

73.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 8 DE MURCIA DE FECHA 15/05/2019

Se autoriza la aplicación de medios técnicos para detectar sustancias ilícitas en el interior del cuerpo.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Las presentes Diligencia Previas se han incoado por presunto delito contra la salud pública. Por oficio de fecha 9-5-19 remitido por la Dirección del Centro Penitenciario de Murcia I se informaba de la posible entrega de sustancia estupefaciente, en principio heroína, en vis a vis a celebrar a las 18 horas del día 16-5-19 por el interno e investigado, interesando que se autorizara la aplicación de medios técnicos (Rayos X y ecografía) para detectar sustancias en el interior del cuerpo del mismo a la hora de efectuar el control por los funcionarios del centro.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los medios de investigación sobre la persona del investigado no se encuentran regulados como Diligencias instructorias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal forma, que debido a que su práctica afecta a la libertad individual, la intimidad, la dignidad, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de defensa y a la presunción de inocencia, debe estarse a lo que ha fijado el Tribunal Constitucional respecto de su licitud, procedencia y eficacia. En el caso actual se solicita autorización judicial para detectar sustancias ilícitas en el interior del cuerpo del interno, supuesto que procede incluir dentro de lo que el Tribunal Constitucional ha denominado genéricamente registros personales (o corporales), una diligencia que consistiría en la actuación material externa sobre el cuerpo

del sujeto, sus ropas o efectos personales, con la finalidad de descubrir el cuerpo del delito.

SEGUNDO.- Se hace preciso analizar la cobertura legal y los requisitos necesarios para acordar la medida solicitada. El Tribunal Supremo ha considerado dichas medidas de investigación como una restricción mínima que el sujeto tiene la obligación de soportar, como sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, encontrando fundamento legal en los artículos 282,1º, 256, 334 y 363.2º especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado de 1986. Los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la medida son; a) sospechas fundadas respecto de la persona que sufre la medida, manifestándose que se han hallado útiles relacionados con el delito en la celda del investigado; b) relación de proporcionalidad con el fin perseguido, tratándose del subtipo agravado del artículo 369 del Código Penal; c) que se practiquen con el decoro suficiente y en lugar reservado. Los mismos se cumplen pues en el caso de autos, pues se tiende a la obtención de una prueba a valorar en la actual investigación, necesaria para el fin de la causa ya que al tratarse de sustancia ilícita (droga) la misma debe pasar oculta al interior del recinto de la prisión. Se accede por tanto a la petición efectuada, acordando autorizar la aplicación de medios técnicos (Rayos X y ecografía) para detectar sustancias en el interior del cuerpo del interno, a practicar en el día de mañana 16-05-19.

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: AUTORIZAR la aplicación de medios técnicos (Rayos X y ecografía) para detectar sustancias ilícitas en el interior del cuerpo del interno, a practicar en el día de mañana 16-05-19.

CAPÍTULO XV

TRABAJO PENITENCIARIO

74.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEVILLA) DE FECHA 07/03/2019

El cese de la relación especial laboral de los penados no constituye despido, sino una decisión administrativa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. O. contra Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 22 de diciembre de 2017 por el referido Juzgado, con desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- D. O., interno en el Centro Penitenciario de Córdoba, resulta adjudicatario de un puesto de trabajo en el taller de cocina a propuesta de la Junta de Tratamiento el 23 de junio de 2016, con efectos de 4 de julio de 2016 como limpiador, con un salario/día de 13,82 euros (documental de la parte demandada).

SEGUNDO.- Con fecha 23 de mayo de 2017 los funcionarios informan al Jefe de Servicios de que el demandante ha desobedecido reiteradamente las órdenes dadas sobre el orden y la limpieza de su celda, siendo advertido en repetidas ocasiones por los mismos y por distintos funcionarios del Departamento. El demandante, asimismo, desobedeció ese día la orden de bajada de celdas del funcionario con nº profesional, permaneciendo en la misma intentando eludir la bajada obligatoria al patio de toda la población reclusa del Departamento, retrasando con ello la actividad regimental. Ese mismo día, el Jefe de Servicio pone dichos hechos en conocimiento de la

Sra. Directora de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (documental de la parte demandada).

TERCERO.- Por resolución de 21 de junio de 2017 se acuerda la suspensión de la relación laboral con el demandante con efectos de 6 de junio de 2017 como consecuencia de la incoación de expediente disciplinario al demandante; la Comisión Disciplinaria reunida en sesión de 23 de agosto de 2017 calificó los hechos como falta grave y se le impuso sanción como sanción quince días de privación de paseos y actos recreativos comunes. El demandante interpuso recurso de alzada ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria el 7 de septiembre de 2017. Resuelto el mismo en sentido desestimatorio, se resuelve en resolución de 13 de noviembre de 2017 la extinción de la relación laboral con efectos de 17 de octubre de 2017 (documental de la parte demandada).

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. O., que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone actor, interno en el Centro Penitenciario de Córdoba, al amparo del artículo 193 a) y b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la sentencia de instancia que declaró procedente la extinción de la relación laboral especial que le vinculaba con el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, con efectos de 17 de octubre de 2017, por haber desobedecido reiteradamente de forma grave las órdenes recibidas de los funcionarios en relación con la limpieza de la celda y bajadas al patio.

La Sala debe resolver conjuntamente ambos motivos de recurso, ya que pretende, por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que se modifiquen los hechos probados 2º y 3º de la sentencia, para que se declare que “No han quedado demostrados por falta de actividad probatoria de la entidad demandada, ninguno de los hechos contenidos en la comunicación encargada de rescindir la relación laboral”, revisión que se fundamenta en el apartado a) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, por haber valorado la Magistrada de instancia erróneamente la prueba practicada en el procedimiento, infracción jurídica que no podemos apreciar ya que pues como hemos de-

clarado reiteradamente el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara la valoración de la prueba conforme a las pretensiones ejercitadas por la recurrente, sino el derecho de los litigantes a “una valoración de la prueba que no sea manifiestamente irrazonable o totalmente infundada, absurda o notoriamente errónea” (sentencias del Tribunal Constitucional nº 484/1984 de 26 de julio y 301/1996 de 25 de octubre).

Conforme al artículo 97.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la fijación de los hechos es competencia exclusiva de la Magistrada de instancia, lo que obliga a atenerse a los declarados probados en la sentencia, en atención a la naturaleza cuasi casacional del recurso de suplicación, salvo que en el recurso se acredite que el resultado de la valoración de la prueba es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso el Juzgador infringiría la norma del ordenamiento jurídico que obliga a valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

En el presente caso, la Magistrada tras valorar la prueba documental aportada en los autos llega a la conclusión de que el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias de Córdoba ha demostrado de forma suficiente la desobediencia grave que justifica la extinción de la relación laboral especial del actor, valoración de la prueba que no se ha desvirtuado en el recurso.

En consecuencia, al ser doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia de 31 de mayo de 1990), y doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias nº 55/1984, de 7 de mayo, 145/1985 de 28 de octubre) que únicamente cabe apreciar que produce indefensión la valoración de la prueba cuando exista “una defectuosa utilización de las reglas rectoras de la carga de la prueba” (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140/1994 de 9 de mayo), o “por prescindir de la contemplación racional de la prueba de una de las partes” (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/1993 de 1 de marzo), circunstancias que no concurren en el presente caso, debemos denegar la nulidad de la sentencia solicitada y desestimar el primer motivo de recurso.

SEGUNDO.- La relación laboral de carácter especial de los penados que prestan servicios en los talleres penitenciarios, tiene su fundamento en el artículo 25.2 de la Constitución Española, que establece como derecho de los españoles a que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad social estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción

social”, declarando que el condenado a pena de prisión “en todo caso, tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”, relación laboral que se califica como especial por el artículo 2.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y que se regula en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio.

La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, configura el trabajo del penado como:

1º) un derecho y un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento, que debe reunir las siguientes condiciones: no tener carácter afflictivo, ni puede ser aplicado como medida de corrección o atentar contra la dignidad del interno; deber tener carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales productivos o terapéuticos y la finalidad de preparar a los internos para el trabajo libre (artículo 26);

2º) es un trabajo obligatorio para los penados, conforme a sus aptitudes físicas y mentales (artículo 29) y,

3º) la dirección y control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos corresponde a las Administraciones Penitenciarias (artículo 31.1).

La relación laboral del penado por su carácter especial presenta unas notas y caracteres que la diferencian de las relaciones ordinarias de trabajo, por ello el artículo 1.4 del Real Decreto nº 782/2001, dispone que “La relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto”, exceptuándola de la aplicación con carácter general del Estatuto de los Trabajadores, al disponer que “Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo”, esta regulación ha llevado al Tribunal Supremo a afirmar en su sentencia de 5 de mayo de 2000, que el despido no es una causa de extinción de la relación laboral especial de los penados porque el artículo 152 del Reglamento Penitenciario no la contemplaba entre las causas de extinción, norma que aunque ha sido derogada por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 782/2001, sigue vigente al regular el actual artículo 10 de este Real Decreto las causas de extinción de la relación laboral entre las que sigue sin incluirse el despido, ya que la Administración en esta relación laboral

especial no actúa como empresario sino como promotor de la reinserción social del penado, por ello la extinción de esta relación laboral especial no constituye un despido, institución regulada en el artículo 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores cuya aplicación exigiría una remisión expresa en el Real Decreto regulador de esta relación laboral especial.

Por lo expuesto, no se puede aplicar en el presente caso los rigurosos criterios previstos jurisprudencialmente para la carta de despido, ya que el cese de la relación especial de trabajo de los penados no constituye un despido, sino una decisión administrativa susceptible de anulación, debemos considerar que la prueba practicada en el expediente disciplinario previo es suficiente para acreditar las desobediencias imputadas al recurrente, así como la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Córdoba, confirmando la existencia de la desobediencia grave conforme al artículo 109.b) del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, conducta que evidentemente incumple los más elementales deberes laborales del penado y la extinción de la relación laboral especial, lo que determina la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. O., contra la sentencia dictada el día 22 de diciembre de 2017, en el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D. O. en impugnación de extinción de la relación laboral contra el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos.

75.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 3 DE ALMERÍA DE FECHA 22/07/2019

Se desestima la demanda. Los demandantes no tienen derecho al reconocimiento de la categoría profesional pretendida.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Con fecha 05/03/18 se presentó en el Decanato de los Juzgados de Almería, la demanda suscrita por la parte actora, que correspondió por turno de reparto a este Juzgado de lo Social, y en la que, tras los hechos y fundamentos legales que estimó procedentes a su derecho, suplicaba se dictase sentencia en la que se acogieran sus pretensiones.

II.- Admitida la demanda y señalado día y hora para la celebración del acto del juicio, éste tuvo lugar el día señalado, al que comparecieron las partes y defensores que constan en el acta extendida. Abierto el juicio, la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda con las aclaraciones pertinentes, contestando a la misma la parte demandada compareciente, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, y solicitándose en conclusiones sentencia de conformidad a sus pretensiones, como consta en el acta levantada, quedando los autos a la vista para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

1.- Los actores, cuyas demás circunstancias personales constan en autos, están internos en el Centro Penitenciario “El Acebuche” de Almería y ha venido prestando o prestan servicios para la Entidad Pública Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo en el taller del metal de dicho centro penitenciario durante los siguientes periodos de tiempo:

Interno A.- Desde el 10/2/2015 a 5/8/2017 y desde el 18/9/2017 a 12/3/2018.

Interno B.- Desde 18/5/2016 a 5/8/2017 y desde 18/9/2017 a 12/3/2018.

Interno C.- Desde 8/9/2015 a 5/8/2017; 18/9/2017 a 31/7/2018; 13/9/2018 a 21/12/2018 y desde el 28/1/2019, continuando en la actualidad.

2.- Dicha entidad es una entidad estatal de derecho público de las previstas en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y se encuentra adscrita al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, teniendo por objeto la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación y orientación para el empleo de los reclusos en centros penitenciarios.

3.- El taller donde trabajan los demandantes es uno de los centros productivos en los que se desenvuelven las prestaciones propias de la relación laboral de carácter especial previstas en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, teniendo la condición de empleador la Entidad Pública Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo .

El número de puestos de trabajo de los talleres es muy reducido en relación con el de internos. Para acceder a uno de estos empleos ha de mediar una solicitud previa del candidato interesado. Cuando existe una vacante en uno de los talleres, la Junta de Tratamiento es la que adjudica el puesto de trabajo, teniendo en cuenta una serie de criterios (conducta, aptitud laboral, etc.) y una vez tomada la decisión, se comunica al interno y a la entidad pública, cursándose el alta en la Tesorería General de la Seguridad Social, sin que hasta el año 2018 se formalizara contrato de trabajo por escrito.

4.- En el Centro Penitenciario “El Acebuche” de Almería existen diversos talleres productivos (economato, cocina, panadería o limpieza) y el módulo retributivo/hora de cada trabajador se fija por el consejo de administración de la entidad pública antes referida en función de la complejidad y competencias de las funciones que se ejecutan en cada uno de ellos.

La retribución de los trabajadores del taller de metal se fija de la forma siguiente: El maestro de taller elabora un presupuesto en el que incluye los precios del material, el número de las horas estimadas para ejecutarlo y los costes de Seguridad Social, calculándose el valor de la hora de trabajo con arreglo al de esos módulos.

La parte de ese presupuesto destinada a retribución se distribuye entre todos los internos trabajadores en función de su participación y tiempo prestado en el taller, pero sin que de ningún modo ese presupuesto se am-

plíe o pueda ser ampliado porque se hayan realizado más horas de las inicialmente previstas. Esto es, por una parte, los horarios de trabajo pueden diferir de unos trabajadores a otros. Por ejemplo, por ausencias debidas a recibir asistencia letrada, entrevista con los trabajadores sociales del centro, recepción de comunicaciones judiciales, retrasos en la incorporación al taller, etc. Esas incidencias, o errores en la ejecución de los productos (así, soldaduras deficientemente ejecutadas), pueden requerir repeticiones de labores que implican más horas de trabajo, pero como el presupuesto disponible es cerrado y no ampliable ello lleva inevitablemente, de concurrir esas vicisitudes, a la minoración del valor/hora.

El citado taller funciona en horario de mañana de 9 a 13 y de 15 a 18 horas, de lunes a viernes, si bien en no pocas ocasiones lo hace solamente en horario de mañana, en función de los pedidos y de la disponibilidad del maestro de taller y de funcionarios que complementen su tarea o pueden encargarse de la vigilancia durante la tarde, ya que la ausencia del maestro de taller y/o de medios personales de supervisión para la jornada de tarde determinan que muchos días solo se trabaje durante la mañana.

En el número de operarios del taller varía según las épocas (15 trabajadores en la fecha de la visita de la IPT) todos realizan más o menos las mismas tareas: corte de material (con maquinaria fija o radial), pintura, repaso de soldadura, manejo de maquinaria y herramientas (así, torno, perforadora), limpieza, soldadura, etc. No obstante, cuatro o cinco de ellos se ocupan con más dedicación de tareas de soldadura, con hilo y gas (argón o CO₂, en función del metal base sobre el que se trabaja), en parte porque no pueden estar rotando de modo continuado e, igualmente, porque algunos de ellos muestran una mejor aptitud para estas labores, igual que otros la muestran en otros cometidos: siendo la norma general que ninguno de los trabajadores sea profesional de oficio y que obtenga los conocimientos necesarios para el ejercicio de una profesión cuando salgan en libertad mediante el aprendizaje en el taller.

5.- Los demandantes realizan o realizaban en el taller antes referido las siguientes

Interno A - todas las funciones que se podían hacer en el taller metálico, entre otras las corte, pintura, torno, soldadura o perforación.

Interno B - realizó algunas tareas de soldadura, cortaba material y operaba con el torno.

Interno C - hace todo tipo de tareas, aunque en particular realiza las de soldadura, para las que demuestra mayor habilidad que otros trabajadores, sí que precise por el tipo de soldadura empleado (al hilo y gas) la destreza requerida para otro tipo de operaciones de esta clase, por ejemplo, soldadura al arco, en las que son necesarias especiales condiciones de detalle y pulso.

6.- En los diferentes talleres de los centros penitenciarios los internos pueden tener la categoría profesional de Operario base, que son aquellos que desempeñen el conjunto de tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos y de Operario superior, que son los que, además de desempeñar las tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos, colaboran en su organización y su desarrollo.

7.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social ha elaborado el preceptivo informe cuyo contenido obra en autos y se da aquí por reproducido, sin que la Entidad Pública Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo tenga representación legal de los trabajadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los actores pretenden con su demanda que se les reconozca la categoría profesional de Oficial de oficio de 1ª del Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica (BOP 29-10-15) y se le abone a cada uno de ellos la cantidad de 22.661,63 € en concepto de diferencias retributivas entre el salario percibido entre el 13-10-15 y el 31-12-17 y el que debería haber percibido conforme a la categoría profesional antes referida en el mismo periodo de tiempo. Por su parte la Abogacía del Estado en representación de los demandados en este procedimiento se ha opuesto a dicha pretensiones alegando que los actores no pueden acceder a la categoría profesional interesada en su demandada porque nos encontramos ante una relación laboral especial de las previstas en el artículo 2.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, esto es la de penados en las instituciones penitenciarias que se encuentra recogida en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, en cuyo artículo 8 se prevé la existencia de dos categorías profesionales la Operario base, que son aquellos que desempeñen el conjunto

de tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos y de Operario superior, que son los que, además de desempeñar las tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos, colaboran en su organización y su desarrollo, habiendo ejecutado los tres demandante las tareas propias de la categoría de Operario base y percibido sus retribuciones conforme a lo previsto en dicha normativa y atendiendo al módulo retributivo/hora establecido por el consejo de administración de la entidad Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, que la entidad que tiene la condición de empresario en esta relación laboral de carácter especial; subsidiariamente en el supuesto de que se estimaran la demandas planteadas los demandados se han opuesto a las diferencias retributivas reclamadas porque, además de lo expuesto anteriormente, los actores no han prestado servicios de una forma ininterrumpida para la entidad pública antes referida sino tan solo lo han hecho, en unos determinados periodos de tiempo, y en la actualidad lo hace nada más que Interno C.

Efectivamente, tal y como ha sostenido la Abogacía del Estado en la contestación de la demanda realizada en el acto del juicio, a la relación laboral entre los trabajadores y la entidad Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo no se le puede aplicar directamente el Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica como si se tratara de una relación laboral común ya que nos encontramos ante una relación laboral de carácter especial de la previstas en el artículo 2 1 c) del Estatuto de los Trabajadores y del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. En el artículo 1.1 de dicha norma se dispone que es una relación entre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos de los centros penitenciarios, así como la de quienes cumplen penas de trabajo en beneficio de la comunidad, siendo actualmente la entidad que hace funciones de empresario la entidad Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, que es una entidad estatal de derecho público de las previstas en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y se encuentra adscrita al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, teniendo por objeto la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación y orientación

para el empleo de los reclusos en centros penitenciarios, cuyo estatuto se aprobó por el Real Decreto 122/2015, de 27 de febrero (B.O.E. 28-1-15), estableciéndose posteriormente en el n° 4 del mismo precepto que dicha relación laboral especial se regula por el Real Decreto 782/2001 y que no le será de aplicación la legislación laboral común salvo en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo.

Pues bien con respecto a la materia de las categoría profesionales el artículo 8 del Real Decreto 782/2001 establece en su n° 1 que Los internos trabajadores, atendiendo a su nivel de conocimientos, capacidad laboral y funciones desempeñadas, serán clasificados en las siguientes categorías: a) Operario base: los que desempeñen el conjunto de tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos. b) Operario superior: los que, además de desempeñar las tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos, colaboran en su organización y su desarrollo; añadiéndose en el n° 2 que esta distinción se tendrá en cuenta en la fijación del módulo retributivo.

Por lo tanto si el Real Decreto 782/2001 regula las diferentes categorías que pueden tener los internos que prestan sus servicios en los distintos talleres productivos implantados en los centros penitenciarios, sin que haga remisión alguna a la legislación laboral común, los demandantes en su condición de penados en el Centro Penitenciarios “El Acebuche” que trabajan en el taller metálico tan solo pueden ostentar las categorías profesionales de Operario base u operario superior pero en ningún caso la de Oficial 1ª, 2ª o 3ª de Oficios del Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica al no serle dicha aplicación a la relación laboral que los mismos mantienen o han mantenido con la entidad Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, por lo que procede desestimar la pretensión principal contenida en la demanda.

2.- En cuanto a la segunda de las pretensiones, estos es la solicitud de condena de diferencias retributivas entre el salario percibido en el periodo comprendido entre el 13-10-15 y el 31-12-17 y el que debería haber percibido conforme a la categoría profesional que le correspondería ostentar, ya hemos dicho que los actores en ningún caso pueden cobrar las prestaciones estipuladas para los Oficiales de oficio en la el Convenio Colectivo Provincial de la Industria Siderometalúrgica porque dicha norma no les aplicable. No obstante lo anterior se ha planteado en el acto del juicio la posibilidad

de que exista algún tipo de diferencia salarial al entender que los actores deberían tener la categoría profesional de Operario superior y cobrar sus retribuciones conforme a dicha categoría.

Pues bien para resolver sobre esta cuestión lo primero que conviene poner de relieve es que de la documental obrante en el expediente administrativo y de la presentada por la parte demandada en el acto del juicio, fundamentalmente hojas de salario y altas y bajas en seguridad social, se desprende que no ha existido un prestación de servicios ininterrumpida desde el 13-10-15 al 31-12-17, tal y como se sostiene en la demanda, sino que la misma se ha venido desarrollando en los términos recogidos en el hecho probado primero de esta resolución, esto es, Interno A: Desde el 10/2/2015 a 5/8/2017 y desde el 18/9/2017 a 12/3/2018; Interno B: Desde 18/5/2016 a 5/8/2017 y desde 18/9/2017 a 12/3/2018, Interno C: Desde 8/9/2015 a 5/8/2017; 18/9/2017 a 31/7/2018; 13/9/2018 a 21/12/2018 y desde el 28/1/2019, continuando en la actualidad; por lo tanto y aunque se admitiera la existencia de diferencias retributivas por realizar trabajos de superior categoría, el importe de las mismas se debe de ajustar a los periodos efectivamente trabajados por cada uno de los actores.

Una vez aclarado lo anterior y entrando a conocer sobre la cuestión de fondo se ha de decir que tanto del informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de fecha 17-6-19 obrante en las actuaciones como de la testifical practicada en el acto del juicio consistente en la declaración del maestro del taller metálico como del coordinador de talleres del Centro Penitenciario “El Acebuche” se desprende que los tres actores perciben sus retribuciones como Operarios base según un sistema que consiste en los siguiente: El maestro de taller elabora un presupuesto en el que incluye los precios del material, el número de las horas estimadas para ejecutarlo y los costes de Seguridad Social, calculándose el valor de la hora de trabajo con arreglo al de esos módulos. La parte de ese presupuesto destinada a retribución se distribuye entre todos los internos trabajadores en función de su participación y tiempo prestado en el taller, pero sin que de ningún modo ese presupuesto se amplíe o pueda ser ampliado porque se hayan realizado más horas de las inicialmente previstas. Esto es, por una parte, los horarios de trabajo pueden diferir de unos trabajadores a otros. Por ejemplo, por ausencias debidas a recibir asistencia letrada, entrevista con los trabajadores sociales del centro, recepción de comunicaciones judiciales, retrasos en la incorporación al taller, etc. Esas incidencias, o errores

en la ejecución de los productos (así, soldaduras deficientemente ejecutadas), pueden requerir repeticiones de labores que implican más horas de trabajo, pero como el presupuesto disponible es cerrado y no ampliable ello lleva inevitablemente, de concurrir esas vicisitudes, a la minoración del valor/hora.

Conforme a dicho sistema los demandantes han venido percibiendo su salario partiendo del hecho de que los 3 trabajadores tienen la condición de Operarios base y no Operarios superiores y ello porque tal y como concluye la IPT en su informe ninguno de los citados trabajadores realiza las tareas de colaboración y desarrollo a las que se refiere la definición del contenido profesional de la categoría de operario superior, identificable sin dificultad con la del trabajador o trabajadores que en su día realizaron funciones de ayudante del maestro o jefe de taller, sin que podamos olvidar que la parte actora no ha presentado prueba alguna para acreditar que tuviera la cualificación profesional suficiente para realizar funciones de Operario superior o que efectivamente las hiciera de una forma efectiva, y sin que podamos olvidar por otro lado que la gran mayoría de los internos que trabajan en los talleres productivos de los centros penitenciarios lo hacen para obtener los conocimientos necesarios para el ejercicio de una profesión cuando salgan en libertad mediante el aprendizaje en el taller, sin que porque los actores hagan unas determinadas tareas en el taller metálico de una mayor o menor complejidad técnica pueda entenderse que son Operarios superiores, puesto que como ya dijimos el elemento diferenciador con la categoría de Operario base es la existencia de una colaboración en la organización y desarrollo de taller ayudando al maestro del taller, circunstancia que no concurre en ninguno de los tres demandantes.

Por todo lo anteriormente expuesto procede desestimar la demanda planteada al entender que los actores no tienen derecho a la categoría profesional ni a las diferencias retributivas reclamadas por realizar trabajos de superior categoría a la reconocida.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación:

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por Interno A, Interno B e Interno C debo absolver y absuelvo de la misma a la Dirección General

de Instituciones Penitenciarias, al Director del Centro Penitenciario de “El Acebuche” y al Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias.

CAPÍTULO XVI

TRASLADOS

76.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 07/05/2019

Se desestima demanda contra las resoluciones de los tribunales españoles no accediendo a traslado de interno, condenado por terrorismo, a un Centro Penitenciario más cercano a su familia.

Vista la demanda anteriormente citada presentada el 1 de septiembre de 2017 Tras haber deliberado, dicta la siguiente decisión:

ANTECEDENTES DE HECHO

El demandante, de nacionalidad española y nacido en 1970 está cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Badajoz. Estuvo representado ante el Tribunal por I. G., abogado en ejercicio en Bilbao.

A. Circunstancias del caso

El relato de los hechos, tal como han sido presentados por el demandante, puede resumirse como sigue.

1. El demandante fue condenado por causar estragos, posesión de explosivos, almacenamiento de armas y colaboración con banda armada (ETA). Fue condenado a 25 años de cárcel. Desde 1998 está encarcelado, y desde el 3 de junio de 2010 cumple condena en el Centro Penitenciario de Badajoz –situado a unos 700 km de su domicilio familiar–.

2. El 11 de diciembre de 2015, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, órgano adscrito al Ministerio del Interior, decidió mantener al demandante en la calificación de primer grado (régimen cerrado) a

la vista de su comportamiento, los lazos mantenidos con las actividades delictivas de la organización terrorista (ETA) que todavía no se había disuelto, y sus dilatados antecedentes penales. Las autoridades resolvieron mantener al demandante en la cárcel de Badajoz. La resolución disponía expresamente que el demandante podía recurrir ante el Juzgado Central de Vigilancia la decisión de mantenerlo en la calificación de primer grado y que podía interponer un recurso de alzada ante el Ministro del Interior contra la decisión de mantenerle en el Centro Penitenciario de Badajoz de conformidad con los artículos 14 y 115 de la Ley 30/1992. El demandante no recurrió.

3. El 16 de febrero de 2016, el demandante recurrió ante el juzgado responsable de ejecutar las penas privativas de libertad y de vigilancia penitenciaria (el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria) en relación con los efectos de la decisión de mantenerle en el Centro Penitenciario de Badajoz –es decir, la negativa por parte de las autoridades de permitirle cumplir su condena en el centro más próximo a su domicilio familiar–. El recurso impugnaba únicamente su internamiento en el Centro Penitenciario de Badajoz (no la decisión de mantener la clasificación de primer grado). Alegó que se habían vulnerado varios derechos fundamentales y penitenciarios, incluyendo su derecho al respeto a su vida familiar. El demandante aludió a la distancia (700 km) entre el Centro Penitenciario de Badajoz y su domicilio familiar en Durango, en la provincia de Vizcaya, y alegó que un viaje tan largo resultaba muy penoso para su esposa y su hija de cinco años, y que sus padres no podían visitarle a causa de su avanzada edad y por motivos de salud.

4. El 18 de abril de 2016, el Juzgado desestimó el recurso. Remitiéndose a la jurisprudencia de los tribunales nacionales (véanse los apartados 12 y 13 más abajo), el Juzgado aclaró en primer lugar que en virtud del artículo 79 de la Ley General Penitenciaria y del artículo 31 del Reglamento Penitenciario (véanse los apartados 9 y 10 supra), la competencia para decidir el destino o traslado de reclusos a los distintos establecimientos penitenciarios corresponde exclusivamente a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Dicha decisión está en cualquier caso sujeta a revisión judicial por parte de los tribunales administrativos. El Juzgado, sin embargo, señaló que el demandante no había agotado los recursos administrativos disponibles en contra de su traslado. A pesar de ello, el Juzgado indicó que tenía competencia para salvaguardar los derechos de los pena-

dos (artículo 76 de la Ley General Penitenciaria), y que por tanto podía con carácter excepcional revisar una decisión sobre el traslado penitenciario en caso de que se demostrara que dicha decisión hubiera infringido manifiestamente los derechos fundamentales o penitenciarios del recluso y que dicha infracción podía ser subsanada mediante un traslado penitenciario.

Al respecto, teniendo en cuenta el limitado ámbito del procedimiento y tras un examen de las circunstancias particulares del demandante (sobre todo en cuanto a su contacto con familiares directos y amigos), el Juzgado llegó a la conclusión de que no se había demostrado que se hubieran producido las supuestas vulneraciones de sus derechos, y que el hecho de que el demandante tuviera que cumplir condena en un establecimiento diferente al de su elección no suponía un trato inhumano o degradante. El juzgado fundamentó su decisión en los siguientes motivos:

“En relación con su comunicación con el exterior y a la vista del informe penitenciario, el demandante mantiene comunicaciones regulares escritas y orales, de carácter especial y por teléfono. Así, el informe de la prisión declara:

“El recluso en cuestión ha mantenido una relación fluida con sus familiares, amigos y con consultores profesionales durante los últimos dos años (...).

- Cartas: durante el período de tiempo en cuestión, el demandante ha recibido o enviado regularmente más de 100 cartas, especialmente de su esposa (...).

- Contacto ordinario: según obra en nuestro expediente, el demandante mantiene contacto una media de tres veces mensuales.

- Contacto especial: mensualmente el demandante recibe visitas las dos veces al mes autorizadas por el Reglamento Penitenciario vigente. Disfruta de una visita conyugal de su esposa y una visita familiar. En cuanto al contacto con su familia, además de su esposa y su hija, también lo visitan hermanos, cuñados, sobrinos, suegros, etc. Además de las dos visitas especiales antes mencionadas, este recluso disfruta de una visita especial a efectos de convivencia cada tres meses por parte de su esposa y de su hija.

- Abogados: en los dos últimos años, este recluso se ha comunicado con los abogados encargados de su defensa, sin que se produzca ningún tipo de incidente, cada vez que ha pedido permiso para hacerlo.

- Teléfono: el demandante suele agotar el número de llamadas telefónicas autorizadas semanalmente (actualmente diez), por lo que ha realizado unas 800 llamadas telefónicas durante el citado período de dos años”.

5. El demandante recurrió la decisión anteriormente mencionada, recurso que fue inadmitido el 7 de junio de 2016 por la Audiencia Nacional. La Audiencia en primer lugar –en idénticos términos a los utilizados en el literal de la decisión en primera instancia– mencionó el limitado alcance de la revisión judicial de los traslados penitenciarios en dicho procedimiento, indicando que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria disponía de competencia para salvaguardar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del referido recluso.

El juzgado señaló que las autoridades penitenciarias contaban con competencia exclusiva para decidir el destino inicial y el traslado de reclusos –sin perjuicio de cualquier revisión judicial posterior– en base a las circunstancias específicas en relación con la organización de los centros penitenciarios del país y las circunstancias personales del recluso. Debían tenerse en cuenta factores como la disponibilidad material de los establecimientos penitenciarios, sus características y las directrices de política general penitenciaria en un momento dado (dependiendo de las circunstancias), en la medida en que la decisión se dictó de acuerdo con “las garantías, y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales” (artículo 2 de la Ley General Penitenciaria). La Audiencia indicó que el régimen jurídico español no garantizaba a los reclusos el derecho a ubicarle o trasladarle a un centro penitenciario concreto o a cumplir su condena en establecimientos cerca de su lugar de residencia o el de su familia. Sostuvo que cualquier decisión de no trasladar a un recluso debía estar debidamente motivada y establecer los motivos en los que se fundaba; reiteró además que no se había dictado ninguna resolución administrativa firme en el presente asunto, no habiéndose agotado los recursos administrativos por parte del demandante.

La Audiencia declaró que no se había vulnerado ningún derecho fundamental ni se había infringido la jurisprudencia de este Tribunal. La Audiencia desestimó el recurso del demandante, sobre todo por sus antecedentes y por la información ya mencionada por el juzgado de primera instancia –sobre todo la referida a su comunicación con sus familiares cercanos y amigos, y a las visitas realizadas por estos (véase apartado 4 supra)–. La Audiencia además rechazó las alegaciones del demandante de que su si-

tuación se produjo en el “marco de un tratamiento político colectivo”. Subrayó que las normas aplicables en la ejecución de condenas ordenaba el “tratamiento individualizado” de reclusos. La Audiencia señaló que el demandante había mantenido un comportamiento problemático habitual en la cárcel y que todavía seguía las instrucciones de la banda terrorista, indicando lo siguiente:

“Estamos ante un recluso condenado a veinticinco años de prisión por causar estragos, posesión de explosivos, almacenamiento de armas y colaboración con una organización terrorista (ETA). Se encuentra en prisión desde 1998, está clasificado en primer grado, y no ha disfrutado de permisos, a excepción del permiso extraordinario concedido para asistir al parto de su esposa en febrero de 2011. Se encuentra en el Centro Penitenciario de Badajoz desde el 3 de junio de 2010. Ha mostrado una actitud negativa –quebrantando las normas– con numerosos incidentes y por lo tanto se han seguido procedimientos disciplinarios, por seguir las directrices e instrucciones que los prisioneros reciben de la dirección del grupo terrorista controlando a los reclusos que, en prisión, siguen formando parte de la organización terrorista, una estructura que aún no se ha disuelto y que no ha entregado las armas ni los explosivos de que disponen (...) (...) si bien es cierto que, según los principios constitucionales, la ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto la reinserción y, por lo tanto, dicha ejecución requiere un trato individualizado con ese fin; sólo si la ejecución de una pena en un centro penitenciario cercano contribuye a/o tiene por objeto su reinserción, sería necesario que la autoridad competente (la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) acordara el traslado adecuado.... Sin embargo,puede darse la situación inversa, es decir, que el objetivo perseguido constitucionalmente es incompatible con la ejecución de la sentencia en cuestión en el centro penitenciario solicitado, como en el caso de la situación que se presenta con respecto a los reclusos condenados por delitos terroristas o relacionados con ETA mientras no se demuestre su desvinculación de la organización terrorista, en la medida en que la ruptura de los vínculos es precisamente lo que se pretende o se implica mediante su reinserción; dicha situación no se ha producido en el presente caso”.

La Audiencia se refirió igualmente a la jurisprudencia de este Tribunal en relación con la ubicación y traslado de reclusos –en concreto, en los asuntos *Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia* (nº 11082/06 y 13772/05, de

25 de julio de 2013) y *Vintman v. Ucrania* (n° 28403/05, de 23 de octubre de 2014). La Audiencia señaló que a pesar de que la norma general era que los reclusos se ubicasen en los establecimientos penitenciarios más cercanos a su residencia— como se desprende del artículo 12 de la Ley General Penitenciaria, que indica la necesidad de evitar el desarraigo social de los penados— podrían existir motivos que justificasen la ubicación de los reclusos en otros establecimientos. En los casos relacionados con la delincuencia organizada o el terrorismo —como en el presente asunto— cualquier desviación de la norma general se justifica mediante la necesidad de evitar la concentración excesiva de miembros de la misma organización en el mismo centro penitenciario, en el caso de que dicha concentración permitiese que la organización continuase ejerciendo control sobre sus miembros.

Finalmente, como conclusión, la Audiencia reiteró los vínculos existentes entre el demandante y la banda terrorista ETA y declaró lo siguiente respecto a la política penitenciaria de los condenados por delitos terroristas:

“Una política inicial de concentración de reclusos terroristas en determinados centros penitenciarios llevó a dichos reclusos a establecer fuertes vínculos y cohesión entre sí, presionando a la dirección de cada centro para que impusiera un determinado régimen dentro de sus respectivos centros; en el año 1987 las autoridades penitenciarias iniciaron la política de dispersión de reclusos terroristas por diversos centros penitenciarios españoles, que se ha mantenido hasta la actualidad. El objetivo principal de esta política de dispersión era romper los vínculos entre los miembros de las organizaciones terroristas tanto con las propias organizaciones como con las asociaciones y grupos relacionados, facilitando así su abandono de la organización terrorista y, en última instancia, su reinserción social, permitiéndoles romper los vínculos con ellas”.

En la actualidad, ante acontecimientos sociales como el cese definitivo de la actividad armada (sin disolverse ni cesar completamente sus acciones), esta política se ha modificado, permitiendo una especie de reagrupamiento controlado de algunos de los reclusos que han roto sus vínculos con la organización terrorista siempre que “reconozcan y reparen a las víctimas y se sometan a reinserción social”, facilitando así su acceso a las prestaciones penitenciarias, sobre la base del artículo 72.6 de la Ley General Penitenciaria, a diferencia de aquellos reclusos que hayan decidido continuar con los postulados de la organización terrorista, no reconocien-

do a sus víctimas y, por lo tanto, no rompiendo con su pasado delictivo, como ha quedado demostrado con respecto al demandante....” Además, la prisión en sí misma considera que dicha solicitud se ha hecho en el marco de una estrategia colectiva diseñada por la dirección de la organización terrorista ETA, como se había anunciado anteriormente en los medios de comunicación.

En general, la política penitenciaria reconoce la necesidad de que los reclusos residan en establecimientos próximos a su familia y amigos, ya que eso significa con frecuencia, aunque no siempre, impedir su desarraigo social. Pero esta regla general a menudo se ve limitada por diversas consideraciones, incluida la necesidad de conceder el debido respeto a la dignidad de las víctimas, que se vería vulnerada si sus victimarios residieran en centros cercanos. El derecho del personal penitenciario a la seguridad (en el pasado fueron blanco de ataques por parte de la organización terrorista ETA) y el derecho de los reclusos a la resocialización, en particular de aquellos que expresan una voluntad seria de distanciarse de los dictados de los líderes terroristas, también pueden verse afectados.

La concentración de reclusos de ETA en determinadas cárceles perturbaría con frecuencia la seguridad de esas cárceles y obstaculizaría la reinserción social de los reclusos que han optado por cortar los vínculos con dicha organización terrorista.... Por lo tanto, su ubicación en diferentes prisiones está justificada por los requisitos de tratamiento penitenciario... La concentración masiva de reclusos condenados por delitos organizados rara vez facilita la resocialización; todo lo contrario, como lo demuestra la política inicial de reagrupación en este caso”.

6. El auto de la Audiencia Nacional contenía un voto particular de un juez (de entre una formación de seis jueces), que sostuvo que se debía haber destinado al demandante al centro penitenciario más próximo a su residencia familiar o situado a una distancia razonable de su domicilio. En resumen, el voto particular se basó en los siguientes motivos: a) los reclusos tienen derecho a cumplir su condena en un centro penitenciario situada lo más cerca posible de su domicilio familiar; b) en ausencia de fundamento jurídico, las autoridades penitenciarias no pueden de forma sistemática y general alejar a los reclusos de un determinado grado en razón del carácter del delito cometido; c) la ubicación del demandante lejos de su familia vulneraba su derecho al respeto de su vida familiar, amparado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y d) no se puede conside-

rar que dicha ubicación constituya un tratamiento con el fin de reeducarlo y reinsertarlo socialmente.

7. Finalmente, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando la infracción de los artículos 15 (prohibición de la tortura), 18 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución española. Mediante providencia de 10 de marzo de 2017, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por la “ausencia manifiesta” de vulneración de los derechos fundamentales en el ámbito del recurso de amparo, de conformidad con los artículos 44.1 y 50.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

B. Derecho y jurisprudencia internas pertinentes

8. Las disposiciones pertinentes de la Constitución establecen lo siguiente:

Artículo 25

“2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

9. Las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica 1/1989, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en vigor en el momento de los hechos, establecen lo siguiente:

Artículo 1

Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, reclusos y penados.

Artículo 2

La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.

Artículo 3

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana 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.

Artículo 12

1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.

Artículo 72

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el recluso

está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Artículo 79

Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia [actualmente, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dependiente del Ministerio del Interior] la dirección, organización e inspección de las instituciones que se regulan en la presente Ley”.

10. Las disposiciones pertinentes del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en vigor en el momento de los hechos, establecen lo siguiente:

Artículo 3

3. (...) la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas.

Artículo 4

1. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos:

c) Derecho 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.

Artículo 31

1. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios (...).

Artículo 42

Las comunicaciones orales de los internos se ajustarán a las siguientes normas: (...)

Las dificultades en los desplazamientos de los familiares se tendrán en cuenta en la organización de las visitas

Artículo 74

1. El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y reclusos.

2. El régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad.

3. El régimen cerrado se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias

11. El artículo 90 del Código Penal (modificado por Ley Orgánica 1/2015) regula la libertad condicional. El apartado octavo de esa disposición está redactado en términos parecidos a los del artículo 72.6 de la Ley General Penitenciaria. Establece que los penados por delitos de terrorismo sólo pueden obtener la libertad condicional si han demostrado de forma inequívoca su rechazo a los objetivos y medios terroristas y han cooperado activamente con las autoridades. Podrá adoptar la forma de declaración expresa rechazando los delitos cometidos y renunciando a la violencia, junto a una petición explícita a sus víctimas para obtener su perdón, o informes técnicos mostrando que el recluso realmente se ha desvinculado de la organización terrorista.

12. La sentencia 138/1986, de 7 de noviembre, dictada por el Tribunal Constitucional establecía que la competencia para decidir el traslado de reclusos pertenece a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Dichas decisiones por tanto son recurribles administrativamente y, una vez agotada dicha vía, judicialmente por parte de juzgados administrativos (a diferencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria). El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha aseverado en diversas ocasiones que desde el momento en que las autoridades penitenciarias disponen de competencia para organizar los establecimientos penitenciarios, gestionar sus actividades y

determinar su ubicación, forma parte de sus funciones distribuir a los reclusos en dichos establecimientos, en especial considerando que las autoridades penitenciarias deben tener debidamente en cuenta las características de los establecimientos penitenciarios y su disponibilidad (véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de diciembre de 1986, de 8 de julio de 1991, de 15 de octubre de 2002, de 13 de octubre de 2004 y de 29 de mayo de 2012).

13. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha reiterado mediante sentencias de 24 de julio de 2013 (nº 599/2013, 600/2013 y 607/2013), de 8 de marzo de 2013 (nº 347/2013 y 348/2013) y de 22 de enero de 2014 (nº 51/2014) que el ordenamiento jurídico español no otorga a los reclusos el derecho a ser destinados o trasladados a una cárcel concreta o a cumplir sus condenas en centros penitenciarios próximos a su propio domicilio o al de sus familiares. Cualquier decisión al respecto pertenece a las autoridades penitenciarias; dichas autoridades deben sopesar las circunstancias concretas respecto a la organización de los centros penitenciarios y las circunstancias personales del recluso. El Tribunal señaló que el tratamiento de cada recluso debía determinarse de forma individual.

QUEJA

14. El demandante se quejó en virtud del artículo 8 del Convenio de que su ubicación en un Centro Penitenciario situado en Badajoz –a más de 700 km de distancia de su lugar de procedencia y de su domicilio familiar en Durango, en la provincia de Vizcaya– supone una injerencia arbitraria y desproporcionada con su derecho al respeto de su vida familiar. Se quejó de que un desplazamiento tan largo resultaba muy penoso para su esposa y su hija de cinco años –nacida cuando el demandante ya había iniciado el cumplimiento de su condena–, y que sus padres no podían visitarle a causa de su avanzada edad y por motivos de salud. El demandante además sostuvo que dicha injerencia con su derecho al respeto de su vida familiar no estaba prevista por la ley, y que con el fin de garantizar su derecho al respeto de su vida familiar, debería haber sido trasladado al centro penitenciario más cercano posible a su domicilio familiar. En su opinión, sus vínculos con la banda terrorista ETA no representaban riesgo alguno para el Estado ya que ETA cesó su actividad armada en 2011.

15. El demandante se quejó igualmente en virtud del artículo 6.1 del Convenio de que la providencia del Tribunal Constitucional inadmitiendo

el recurso de amparo fue arbitraria y excesivamente formalista. En su opinión, el Tribunal Constitucional aplicó arbitrariamente las reglas sobre la interposición y admisión de recursos, y su correspondiente interpretación excluyó el examen del recurso sobre el fondo, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva.

LEGISLACIÓN

A. Supuesta vulneración del artículo 8 del Convenio

16. El demandante denuncia la vulneración de su derecho al respeto de su vida familiar a consecuencia de la denegación de su petición para ser trasladado a un centro penitenciario más próximo a su domicilio familiar. Se basó en el artículo 8 del Convenio que establece lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

1. Si existió una injerencia con los derechos del demandante del artículo 8.

17. Toda detención implica por su naturaleza una limitación de la vida privada y familiar del recluso (véase, entre otras autoridades, *Khoroshenko v. Rusia* [GS], nº 41418/04, § 106, de 30 de junio de 2015; *Vintman v. Ucrania*, nº 28403/05, § 77, de 23 de octubre de 2014; y *Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia*, nº 11082/06 y 13772/05, § 835, de 25 de julio de 2013). Sería básicamente erróneo analizar todos y cada uno de los casos de detención tras una condena desde el punto de vista del artículo 8 y considerar la “legalidad” y la “proporcionalidad” de la pena de prisión como tal (véase *Jodorkovskiy y Lebedev*, citado anteriormente, § 835, y *Labaca Larrea y otros v. Francia* (dec.), nº 56710/13 y otros, § 41, de 7 de febrero de 2017).

18. El Convenio no otorga a los reclusos el derecho a elegir el centro penitenciario, y el hecho de que los reclusos estén separados de sus familias (y a alguna distancia de ellos) es una consecuencia inevitable de su reclusión (véase Vintman, anteriormente citado, § 78; Rodzevillo v. Ucrania, nº 38771/05, § 83, de 14 de enero de 2016; y Polyakova y otros v. Rusia, nº 35090/09 y otros 3, § 100, de 7 de marzo de 2017). No obstante, el encarcelamiento de una persona que está tan lejos de su familia que sus visitas se hacen muy difíciles o incluso imposibles puede en ocasiones suponer una injerencia en su vida familiar, ya que la posibilidad de que su familia les visite es esencial para mantener la vida familiar (véase Vintman, § 78, y Rodzevillo, § 83 –ambos citados anteriormente–. Por tanto, es una parte esencial del derecho del recluso al respeto a su vida familiar que las autoridades penitenciarias le ayuden a mantener el contacto con su familia directa (véase, inter alia, Messina v. Italia (nº 2), nº 25498/94, § 61, de 28 de septiembre de 2000; Vintman, citado anteriormente, § 78; Rodzevillo, citado anteriormente, § 83; y Polyakova y otros, citado anteriormente, § 81).

19. Por tanto, destinar a un recluso a un centro penitenciario concreto puede eventualmente plantear un problema en virtud del artículo 8 si los efectos para la vida privada y familiar del demandante trascienden las dificultades y limitaciones “habituales” inherentes al concepto mismo de la reclusión (véase Jodorkovskiy y Lebedev, citado anteriormente, § 837; Polyakova y otros, citado anteriormente, § 81; y Klibisz v. Polonia, nº 2235/02, § 355, de 4 de octubre de 2016).

20. Este Tribunal señala que en Labaca Larrea y otros (anteriormente citados) no se le había proporcionado información específica sobre los problemas de los demandantes para mantener la relación con sus familiares, y este Tribunal constató que no se había producido injerencia alguna en su derecho al respeto de su vida familiar. La queja del demandante es su deseo de estar cerca de su familia y lo difícil que resulta para su esposa y su hija de 5 años desplazarse a Badajoz. Además, sus padres no pueden visitarle en la cárcel debido a su avanzada edad y por motivos de salud (véanse los apartados 3 y 14 supra).

El Tribunal declara que se ha producido una injerencia en el presente asunto que requiere analizar si se encuentra o no justificada en virtud del artículo 8.2 del Convenio.

2. Si la injerencia estuvo justificada en virtud del artículo 8.2:

a) Si la injerencia estaba “prevista por la ley”.

21. La expresión “prevista por la ley” exige que la medida impugnada tenga algún fundamento en el derecho interno y sea compatible con el Estado de Derecho, que se menciona expresamente en el preámbulo del Convenio y es inherente al objeto y finalidad del artículo 8 del Convenio. La ley debe por tanto ser suficientemente accesible y previsible, es decir, debe formularse con suficiente precisión como para permitir que el individuo – en caso necesario con el adecuado asesoramiento- regule su conducta. Para que el derecho interno cumpla dichos requisitos debe permitir una protección jurídica adecuada contra la arbitrariedad y en consecuencia señale con suficiente claridad el ámbito de discrecionalidad del que disponen las autoridades competentes y su forma de ejercicio (Polyakova y otros, citado anteriormente, § 91, y los precedentes allí citados).

22. El demandante –encarcelado desde 1998– permanece recluido en el Centro Penitenciario de Badajoz desde el 3 de junio de 2010. El 11 de diciembre de 2015, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ordenó que el demandante mantuviera la calificación de primer grado (régimen cerrado), y permaneciera en el Centro Penitenciario de Badajoz. La decisión sobre la ubicación del demandante se adoptó de conformidad con el artículo 79 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 31 del Reglamento Penitenciario, que establecen que las autoridades penitenciarias deciden el destino y traslado de los reclusos. Dichas normas son accesibles y previsibles, y proporcionan garantías específicas. En especial, el derecho interno prevé la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de internamiento, a saber, un recurso administrativo ante el Ministerio del Interior (véase el apartado 2 supra). Aunque la posibilidad de recurrir la decisión estaba explícitamente prevista en el auto de 11 de diciembre de 2015, el demandante no la recurrió y no aportó justificación alguna para no hacerlo. Un recurso podría haber sido objeto de revisión judicial por los tribunales administrativos (en particular el Tribunal Superior de Justicia) de conformidad con la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el marco de dichos procedimientos, los reclusos tienen derecho a que su caso se decida individualmente sobre la base de la legislación española pertinente: que la actividad penitenciaria se desarrolle de conformidad con las garantías establecidas por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales pertinentes (artículo 2 de la Ley General Penitenciaria); que los reclusos deben ser ubicados en establecimientos con vistas

a evitar el desarraigo social de los penados (artículo 12 de la Ley General Penitenciaria); que la vida en prisión debe tomar como referencia la vida normal fuera de la cárcel, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento y favoreciendo los vínculos sociales (artículo 3 del Reglamento Penitenciario); y que las dificultades en los desplazamientos de los familiares se tendrán en cuenta en la organización de las visitas (artículo 42 del Reglamento Penitenciario). Toda decisión de no trasladar a un recluso debe estar debidamente motivada e indicar los motivos en los que se basa (véase el apartado 5 supra). Las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia pueden ser revisadas por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

23. Se facilita un conjunto adicional de garantías mediante la posibilidad de que un recluso presente un recurso –como ha ocurrido en el presente asunto– ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria competente. Los Jueces de Vigilancia tienen competencia en la salvaguarda de derechos de los internos (artículo 76 de la Ley General Penitenciaria). Por tanto, el presente asunto se examinó en dos niveles jurisdiccionales, a saber, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en primera instancia y la Audiencia Nacional en apelación (véanse los apartados 4 y 5 supra). Además, el Tribunal Constitucional puede revisar las resoluciones dictadas por juzgados y tribunales.

24. A este respecto, conviene recordar que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, en particular a los tribunales, interpretar y aplicar el Derecho interno. Salvo en caso de arbitrariedad o de irracionalidad manifiesta, no corresponde a este Tribunal cuestionar la interpretación del derecho interno por parte de los tribunales nacionales (véase, entre otros precedentes, Radomilja y otros c. Croacia [GS], nº 37685/10 y 22768/12, § 149, de 20 de marzo de 2018). En consecuencia, este Tribunal declara que la medida impugnada tiene su fundamento en el Derecho interno, que prevé un marco accesible y previsible en el que las decisiones sobre traslado entre centros penitenciarios se adoptan de forma individual. La ley ofrece cierto nivel de protección jurídica contra la injerencia arbitraria de las autoridades y prevé amplias salvaguardas para garantizar que las autoridades nacionales examinan los asuntos de forma individual basándose en criterios pertinentes.

25. Este Tribunal considera que la medida impugnada estaba “prevista por la ley” en el sentido del artículo 8 del Convenio.

b) Si la injerencia perseguía un “objetivo legítimo”.

26. El Tribunal desde el principio reitera que mejorar la disciplina y fomentar la buena conducta en la cárcel constituye un objetivo legítimo a la hora de restringir los derechos de un demandante en virtud del artículo 8 del Convenio, en especial cuando se rechaza una solicitud de traslado penitenciario, manteniendo así a un recluso lejos de su familia (véase Vintman, citado anteriormente, § 98). En el presente asunto, la Audiencia Nacional consideró que el traslado del demandante a una prisión más próxima a su familia habría reforzado sus vínculos con la organización terrorista ETA. Observó que el demandante con frecuencia se había comportado de forma problemática en la cárcel –comportamiento por el que había sido sancionado en numerosas ocasiones– y había seguido las instrucciones de la organización terrorista. El demandante no ha cuestionado esta afirmación; el Tribunal no ve ninguna razón para dudar de las conclusiones de los tribunales nacionales. Además, refiriéndose a la política penitenciaria en relación con los condenados por delitos de terrorismo –que tuvo como efecto la dispersión de los reclusos de ETA entre distintos centros penitenciarios–, la Audiencia Nacional sostuvo que la excepción a la norma general de que los reclusos deben residir en centros próximos a su familia y amigos estaba justificada por el objetivo de respetar la dignidad de las víctimas, que se sentirían ofendidas si los terroristas condenados permanecieran en centros próximos a ellas. La política tenía por objeto cortar los vínculos entre los reclusos afectados y la organización terrorista. El tribunal también observó que la concentración de reclusos de ETA en determinadas prisiones en el pasado suscitó preocupación en materia de seguridad y permitió que la organización terrorista siguiera ejerciendo control sobre sus miembros encarcelados. Ello provocó que el personal penitenciario sufriese ataques (véase el apartado 5 supra).

27. El Tribunal considera que el objetivo de las autoridades españolas manteniendo al demandante en el Centro Penitenciario de Badajoz era garantizar la adecuada disciplina en las prisiones y aplicar su política con respecto a los reclusos de ETA. Acepta que la injerencia perseguía objetivos legítimos como la prevención del desorden y la delincuencia y la protección de los derechos y libertades de otros.

c) Si la injerencia era proporcional a los objetivos legítimos.

28. Este Tribunal recuerda una vez más que la solicitud del demandante de ser trasladado a un centro penitenciario más próximo a su domicilio

familiar fue denegada sobre la base de una evaluación individual de su situación y de la política penitenciaria pertinente. Si bien este Tribunal ha aceptado que las autoridades nacionales deben gozar de un amplio margen de discrecionalidad en cuestiones relacionadas con la ejecución de las sentencias, la distribución de la población reclusa no debe quedar enteramente a discreción de los órganos administrativos. Los intereses de los reclusos en mantener al menos ciertos lazos familiares y sociales deben tenerse en cuenta eventualmente (véanse Jodorkovskiy y Lebedev, §§ 836-838 y 850, y Rodzevillo, § 83 –ambos citados anteriormente–). Se ha reducido el margen de discrecionalidad permitido al Estado demandado a la hora de evaluar los límites permisibles de injerencia en la vida privada y familiar en el ámbito de la regulación del derecho de visitas de los reclusos (Khoroshenko, § 136, y Polyakova y otros, § 89 –ambos citados anteriormente–).

29. En primer lugar, este Tribunal observa que de los informes citados por los órganos jurisdiccionales nacionales (que el demandante no impugna) se desprende que el demandante ha mantenido contactos regulares con familiares cercanos. En especial, en los últimos dos años ha disfrutado de visitas frecuentes de su familia (tres visitas mensuales por término medio de familiares y amigos; una visita conyugal mensual de su esposa; una visita familiar mensual de su esposa, hija, hermanos y otros miembros de la familia; y al menos una visita de cohabitación cada tres meses de su esposa e hija). También ha recibido o enviado cartas regularmente (más de 100) y ha realizado diez llamadas telefónicas semanalmente (alrededor de 800 durante los dos años antes mencionados). El expediente también muestra que el demandante disfrutó de un permiso penitenciario “extraordinario” cuando su esposa dio a luz en febrero de 2011.

30. No hay pruebas de que los viajes que tuvieron que realizar sus familiares cercanos hayan planteado problemas insuperables o particularmente difíciles (véase, *mutatis mutandis*, Labaca Larrea y otros, citado anteriormente, § 45). Este Tribunal observa que el demandante no ha demostrado cuándo fue la última vez que vio a sus padres (comparar Vintman, § 80, y Polyakova y otros, §§ 43 y 82 –ambos citados anteriormente– y no ha afirmado haber recibido menos visitas de amigos y miembros de la familia de las que habría recibido si hubiera estado más cerca de su residencia familiar (contraste Khodorkovskiy y Lebedev, citados anteriormente, § 838).

31. En este contexto, este Tribunal debe determinar si la injerencia relativamente limitada en el derecho del demandante al respeto de su vida

familiar es compatible con los objetivos antes expuestos. Observa que la política penitenciaria que dio lugar a que al demandante no se le mantuviera cerca de su familia era una política que se aplicaba únicamente a un grupo limitado de reclusos, a saber, los que habían sido condenados por delitos de terrorismo (véase el apartado 5 supra). La política se concibió para cortar los vínculos entre los reclusos afectados y su entorno delictivo original, a fin de reducir al mínimo el riesgo de que mantuvieran contacto con organizaciones terroristas (véanse, mutatis mutandis, Messina, citado anteriormente, §§ 66-67, y Enea v. Italia [GS], n° 74912/01, § 126, de 17 de septiembre de 2009). Además, el Tribunal observa que los tribunales nacionales contemplaron la política penitenciaria teniendo en cuenta las circunstancias del momento, a saber, que ETA no se había disuelto, no había entregado las armas ni había abandonado completamente sus acciones, ya que el desmantelamiento completo de todas sus estructuras fue anunciado mediante una declaración el 3 de mayo de 2018. A este respecto, este Tribunal tiene en cuenta los cambios en la política penitenciaria derivados del cese de las actividades armadas de ETA –como señaló la Audiencia Nacional (véase el apartado 5 supra)– y la evaluación continua por parte de las autoridades de la evolución posterior a este respecto. Por último, este Tribunal señala que el demandante no ha renunciado a la organización terrorista ETA. Sólo aquellos reclusos que renuncian a sus vínculos con el terrorismo pueden clasificarse en el tercer grado (artículo 72 de la Ley General Penitenciaria).

32. Este Tribunal concluye que, teniendo en cuenta el limitado alcance de las consideraciones de política penitenciaria que se aplicaron en el caso del demandante, así como de la falta de pruebas de que los vínculos familiares y de amistad del demandante sufrieran de manera significativa, y teniendo en cuenta el margen de discrecionalidad de los Estados contratantes, este Tribunal considera que las limitaciones del derecho del demandante al respeto de su vida familiar no eran desproporcionadas en relación con los objetivos perseguidos.

33. De ello se deduce que la demanda está manifiestamente mal fundada y debe desestimarse, de conformidad con el artículo 35.3.a) y 4 del Convenio.

B. Supuesta vulneración del artículo 6.1 del Convenio

34. El demandante alegó que la providencia del Tribunal Constitucional inadmitiendo su recurso de amparo era arbitrario y excesivamente formalista, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva. Se basó en el artículo 6.1 del Convenio, cuyas disposiciones pertinentes establecen lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal”.

35. El Tribunal se remite a los principios generales sobre la tutela judicial efectiva, tal como se ha establecido recientemente en el caso *Zubac c. Croacia* ([GS], nº 40160/12, §§ 76-82, de 5 de abril de 2018).

36. En cuanto a los hechos del presente asunto, este Tribunal señala que el caso del demandante fue examinado por dos instancias judiciales nacionales que ejercían plena competencia en la materia antes del procedimiento ante el Tribunal Constitucional, a saber, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en primera instancia y la Audiencia Nacional en apelación. Las decisiones judiciales no parecen arbitrarias ni manifiestamente irrazonables. El Tribunal recuerda asimismo que la función del Tribunal Constitucional y las particularidades del procedimiento, ya examinadas por este Tribunal en el asunto *Arribas Antón c. España* (nº 16563/11, de 20 de enero de 2015), permiten que las condiciones de admisibilidad de un recurso sobre fundamentos de Derecho sean más estrictas que las de un recurso ordinario. El Tribunal Constitucional consideró que el asunto reclamado no revelaba apariencia alguna de quebrantamiento de los derechos objeto del recurso de amparo, por lo que refrendó las conclusiones de los tribunales inferiores que habían desestimado las pretensiones del demandante.

37. Este Tribunal reitera que, en el caso de los tribunales superiores, como el Tribunal Constitucional, basta con remitirse a las disposiciones legales que regulan dicho procedimiento cuando las cuestiones planteadas en la demanda no son de carácter fundamental o cuando no prospera el recurso de casación (véase *Gorou c. Grecia* (nº 2)[GS], nº 12686/03, § 41, de 20 de marzo de 2009; *Arribas Antón*, citado anteriormente, § 47; en relación con el Tribunal Constitucional Federal alemán, véase también *Greenpeace E.V. y otros v. Alemania* (nº 18215/06, de 12 de mayo de 2009; *John v. Alemania* (nº 15073/03, de 13 de febrero de 2007; y *Teuschler v. Alemania* (nº 47636/99, de 4 de octubre de 2001). Se aplica igualmente cuando,

como en el presente asunto, el Tribunal Constitucional declara inadmisibile un recurso de amparo por remisión a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (véase Arribas Antón, citado anteriormente, § 48; Almenara Álvarez v. España, nº 16096/08, § 27, de 25 de octubre de 2011; Varela Geis v. España (dec.), nº 61005/09, § 38, de 20 de septiembre de 2011; y Rupprecht v. España (dec.), nº 38471/10, § 17, de 19 de febrero de 2013).

38. A la vista de cuanto antecede, este Tribunal declara que no puede afirmarse que la providencia del Tribunal Constitucional haya supuesto un obstáculo desproporcionado al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en virtud del artículo 6.1 del Convenio.

39. En consecuencia se considera que la demanda está manifestamente mal fundada y debe desestimarse de conformidad con el artículo 35.3 y 4 del Convenio.

En base a lo cual este Tribunal, por unanimidad,

Declara la demanda inadmisibile.

77.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 29/03/2019

Se desestima recurso interpuesto contra resolución de asignación de Centro Penitenciario de destino por estar suficientemente motivada y por lo tanto, no considerarse arbitraria.

Visto el presente recurso contencioso-administrativo promovido por B., Procuradora de los Tribunales, designada en el turno de oficio para la representación de D. N., contra la Resolución de la Subdirectora General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias de fecha 6 de abril de 2017, y por la cual se fijó como Centro Penitenciario de destino para el cumplimiento de su condena el de Palma de Mallorca desde el Centro Penitenciario de Villanubla (Valladolid), donde ya se encontraba ingresado cumpliendo su condena desde hace bastantes años, habiendo ya cumplido un cuarto de la misma, suplicando el actor ir de

nuevo a este Centro Penitenciario de Villanubla en Valladolid; e igualmente se dirige el procedimiento contra su confirmación en la alzada presentada el 16 de abril de 2017 contra su traslado a Palma de Mallorca, y plasmada en resolución expresa desestimatoria de 7 de marzo de 2018 emitida por la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica – Subsecretaría de Interior– habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que:

- habiendo por presentado este escrito con sus copias y por devuelto el expediente administrativo, se sirva tener por formalizada en tiempo y forma la demanda contencioso administrativa en nombre de quien lo verifiqué, en el Procedimiento Ordinario número 479/2018 que se ha interpuesto contra la Resolución de fecha 6 de abril de 2017, que desestimó la solicitud de traslado de Centro Penitenciario presentada por el actor, y contra la Resolución de fecha 7 de marzo de 2018, que desestimó el recurso de alzada presentado por mi mandante contra la anterior;

- conferir traslado de la presente demanda a las partes personadas para que la contesten sucesivamente dentro del término que la Ley establece y,

- previa la ulterior tramitación, dictar Sentencia revocando las expresadas Resoluciones y estimando el recurso, acordando que el Ministerio del Interior que las dictó estime la mencionada solicitud y acuerde la procedencia del traslado del actor al Centro Penitenciario de Valladolid.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 27 de marzo de 2019, teniendo así lugar.

En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente procedimiento interesa el recurrente se deje sin efecto la Resolución de la Subdirectora General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias de fecha 6 de abril de 2017, y por la cual se fijó como Centro Penitenciario de destino para el cumplimiento de su condena el de Palma de Mallorca desde el Centro Penitenciario de Villanubla (Valladolid), donde ya se encontraba ingresado cumpliendo condena desde hacía bastantes años; pidiendo en consecuencia el actor ir de nuevo al Centro Penitenciario de Villanubla - Valladolid.

Igualmente se impugna la desestimación expresa del recurso de alzada interpuesto el 16 de abril de 2017, y luego plasmada en resolución expresa de 7 de marzo de 2018 de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica –Subsecretaría de Interior–.

El presente recurso contencioso-administrativo tiene pues por objeto la impugnación de la Resolución de fecha 7 de marzo de 2018, dictada por el Subdirector General de Recursos de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, por la que se desestima el recurso de alzada presentado por el recurrente, el 16 de abril de 2017 frente a la Resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de fecha 6 de abril de 2017 por la que se deniega su traslado o regreso al Centro Penitenciario de Valladolid, aduciendo que no procede el traslado solicitado y ello porque a su juicio “el escaso tiempo pasado por el interno en su actual centro penitenciario, aconseja profundizar más en su programa de tratamiento antes de plantear un nuevo tratamiento”.

Y solicita que se acuerde su traslado al Centro Penitenciario de Valladolid, pues es más cercano a donde tiene su domicilio su familia de origen y pareja e hija; tal como pedía en sus escritos, y por razones personales de retomar cuanto antes sus relaciones con su familia de origen y de pareja, invocando la vinculación social, de motivación, reeducación y resocialización personal, dado que ni su familia (padre y hermanos) ni su pareja e hija tienen ni vehículo ni recursos económicos para ir a verle hasta el centro penitenciario de Palma de Mallorca.

Suplicando finalmente con relación al tenor de su demanda que se deje pues sin efecto el traslado y el cumplimiento de la pena por el actor en ese Centro Penitenciario de Palma de Mallorca, siendo la de Villanubla en Valladolid un lugar más cercano a sus intereses sociales y familiares... pues su familia y pareja e hijo viven en esa ciudad; vulnerándose así, a su entender, con ese traslado los derechos de reeducación y resocialización personales y sociales que se conseguirían mejor más cerca de su entorno, en el Centro Penitenciario de Villanubla.

Como se sigue del escrito de formalización de la demanda y de sus alegaciones de recurso de alzada invoca las siguientes razones:

- Debemos partir de la base cierta de que el actor es condenado por Sentencia dictada en el año 2009, a una pena de prisión de 30 años por delitos cometidos en el año 2000, ingresado en el Centro Penitenciario de Mallorca para el cumplimiento de la misma. La cuarta parte de su condena la cumplió el 10 de septiembre de 2014, la mitad de la condena la cumplirá el 10 de marzo de 2022 y la totalidad el 6 de marzo de 2037. En el momento actual, le restan 19 años para el cumplimiento de las penas impuestas por sus condenas.

- Aduce razones de carácter humanitario amparadas en los principios generales que han de inspirar las penas y medidas de seguridad de acuerdo con lo establecido en los artículos 9, 17.1, 25.2, 103 y 106.1 de la Constitución , así como en legislación ordinaria de los artículos 12.1, 51,1, 59 y 62, 63 y 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento General Penitenciario (artículos 2, 3, 31, 41 y ss. y 110) , todos ellos relativos a la evitación del desarraigo, derecho de comunicación de los penados y mantenimiento de los vínculos familiares y sociales. Pues reconoce el Ministerio autor del mismo que debería seguir en el Centro Penitenciario de Mallorca 19 años más, sin posibilidad de estar durante ese largo período en cercanía de su familia, incumplándose también con ello la finalidad de la pena que, además de la reclusión, implica la rehabilitación y la integración normal en la sociedad. La intención del actor es cumplir la pena que le fue impuesta en el Centro Penitenciario de Valladolid, ciudad en la que está empadronado, así como su familia, y en la que ha vivido siempre. Según consta en el expediente administrativo, está casado y es padre de un hijo.

- Que las dificultades tanto de la esposa como del hijo para desplazarse a Mallorca y así poder fortalecer el vínculo familiar se han agravado pues,

por la situación económica que atraviesa la familia, a la esposa no le es posible, como digo más arriba, hacer desplazamientos por la carencia de dinero.

- Que el alejamiento de su familia y el quebrantamiento del vínculo son negativos para todos ellos y para el desarrollo del actor, encaminado a la reinserción social, siendo racional y coherente el traslado al Centro Penitenciario de Valladolid. Por último y, efectivamente, según parte de la doctrina jurisprudencial, no existe obligación expresa de llevar a los internos a un Centro Penitenciario próximo al lugar de su residencia habitual pero la denegación del traslado desde el Centro Penitenciario de Mallorca al de Valladolid supone un perjuicio irreparable para el actor.

- Que lo que realmente solicita el actor es el cambio de destino a otro Centro Penitenciario que le posibilite estar más cerca de su familia, ya que la distancia desde Valladolid, donde ésta reside, hasta Mallorca, donde el actor está recluido, es insalvable para la familia de mi mandante, por imposibilidad económica de realizar los desplazamientos, de lo que es una muestra evidente el hecho de que, desde que se inicia el cumplimiento de la condena, la esposa del actor sólo pudo desplazarse a Mallorca una vez, lo que queda acreditado en el expediente administrativo.

- A la vista de las normas aplicables, debe constatarse que, en este ámbito, se confiere a la Administración una potestad discrecional en aras de la defensa del interés general e, incluso, del mismo solicitante. Ahora bien, esa potestad en modo alguno queda sustraída al control jurisdiccional, como ha reiterado la jurisprudencia, y no a reducirse a un mero control formal sobre la legalidad del acto, sino sustantivo, que alcance el uso de la potestad en el sentido de comprobar la adecuación entre los hechos determinantes y la decisión tomada, pues constituiría una arbitrariedad proscrita en el artículo 9 de la Constitución la atribución de una potestad de esa naturaleza para la denegación del traslado a otro Centro Penitenciario. El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, con sus familiares. El artículo 65.2 de la misma Ley establece que la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda.

Asimismo, entiende vulnerado su derecho a la defensa reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución al adolecer la resolución recurrida de una insuficiente motivación y de falta de audiencia previa, contradiciendo así su derecho de defensa; y el artículo 14 de la Constitución Española al haber sido objeto de un trato discriminatorio respecto de otros reclusos que, en igual situación a la suya, vieron atendida su petición con el fin de garantizar su permanencia cerca del entorno familiar y de su asistencia letrada. Supone que la decisión combatida carece de motivación suficiente y resulta por ello arbitraria, en contravención de la exigencia contenida en el artículo 9.3 de la Constitución. Y, en particular, se refiere también al derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 del texto constitucional, y a que se han violado los artículos 17 y 18 de la Constitución Española, pues se le ha dado un trato degradante y no se ha respetado su dignidad y seguridad (artículo 25 de la Constitución Española).

Por su parte el Abogado del Estado contraargumenta lo siguiente:

- Según resulta de la propuesta acordada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Mallorca, que obra en el folio 1 y siguientes del expediente administrativo, el pronóstico actual de reincidencia del recurrente es muy alto, poniendo de manifiesto los factores de inadaptación que aconsejan mantener al recurrente en régimen ordinario y en el Centro Penitenciario donde actualmente se encuentra cumpliendo condena.

- Analizada la situación concreta del recurrente se considera la procedencia de mantenerle en el Centro Penitenciario de Mallorca y ello porque a juicio de la Junta de Tratamiento de este centro penitenciario, el escaso tiempo pasado por el interno en su actual centro penitenciario aconseja profundizar más en su programa de tratamiento. El mismo, como consta en el Informe de Conducta del folio 7, no realiza actividades, ni desempeña destinos, mostrando un nivel de reincidencia muy alto. Por ello, concluyen que del análisis de los factores de adaptación e inadaptación penales-penitenciarios, psicológicos, sociales y conductuales apreciados en el interno, se desprende la necesidad de continuar con el cumplimiento de su condena en un régimen ordinario.

- En consecuencia, como puede observarse, la resolución recurrida, se encuentra suficientemente motivada, estando fundada en la documentación obrante en el expediente administrativo, sin que tal motivación se haya desvirtuado de contrario, y sin que se haya infringido derecho alguno del actor

porque no se ha acreditado que sus circunstancias personales aconsejen el traslado, dentro del tratamiento individualizado que se ha considerado más conveniente por parte del órgano administrativo encargado de tal evaluación y que ha decidido su mantenimiento en el Centro Penitenciario de Mallorca.

- Inexistencia de un derecho absoluto e incondicionado a elegir el centro penitenciario donde cumplir condena. Sostiene el recurrente que tanto la legislación penitenciaria como los artículos 25 y 15 Constitución Española exigen que los presos cumplan condena en el establecimiento penitenciario que más conveniente les resulte a sus circunstancias personales.

- Pero esta interpretación ha sido rechazada radicalmente por el Tribunal Supremo en pronunciamientos tales como el de la sección 3ª de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de octubre de 2011 que transcribe en parte. Doctrina seguida por esta misma Sección en supuestos idénticos al que nos ocupa como el resuelto por Sentencia nº 480/2017, de 17 de julio de 2017.

SEGUNDO.- La revisión de la solicitud de traslado de Centro Penitenciario era una competencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias establecida en el artículo 79 de la Ley General Penitenciaria (“Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria”), asumida ahora por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto desde la entrada en vigor del Real Decreto 1181/08 , que modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior elevando a la categoría de Secretaría General la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y que en su artículo 4 dice que “corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la dirección, impulso, coordinación y supervisión de las instituciones penitenciarias, en el ejercicio de las siguientes funciones:

a) El seguimiento y dirección de las actividades para la prestación del servicio público de ejecución de las penas y medidas penales, con los fines encomendados constitucionalmente”.

Sus competencias aparecen, también, recogidas en el artículo 31.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, con igual

salvedad que la indicada anteriormente respecto del concreto órgano competente, y respecto de su ejercicio cabe decir, como respecto de cualquier acto administrativo, que debe motivarse y acreditar aquellos argumentos en que funde sus resoluciones que pueden ser examinados por la jurisdicción Contencioso-Administrativo en cuanto a su conformidad a Derecho.

Las Juntas de Tratamiento tienen encomendada la misión prevista en el artículo 111.1 del Real Decreto 190/96 por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario que es la observación, clasificación y tratamiento penitenciarios en aras de la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad que debe tener presente y fomentar la Administración Penitenciaria en su totalidad la cual para conseguir dicho fomento debe diseñar los programas formativos para desarrollar las aptitudes de los internos enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias, utilizar las técnicas de carácter psicosocial orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior y facilitar los contactos del interno con el exterior, pero que observa y evalúa la Junta de Tratamiento y que dictan los informes preceptivos y previos a la propuesta de clasificación y destino.

Como ha tenido ocasión de manifestar esta Sala en anteriores pronunciamientos (Sentencia, entre otras, de la Sección Novena de 4 de julio de 2000 y de esta misma Sección sexta de fechas de veintisiete de febrero de dos mil quince, de veintiocho de marzo de dos mil dieciséis y de treinta de marzo de dos mil diecisiete) no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún derecho subjetivo de los presos a que cumplan la condena en centros penitenciarios cercanos a su entorno familiar. Este será únicamente un criterio más a tener en cuenta por la Administración Penitenciaria junto con otros pero no de forma exclusiva para evitar el desarraigo social y familiar del penado.

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, el fin de reinserción social y de reeducación a que debe orientarse el cumplimiento de la pena previsto en el artículo 25.2 de la Constitución que invoca el actor no prejuzga ni condiciona la decisión penitenciaria relativa al lugar de cumplimiento de la condena que se adopte en cada caso concreto, atendiendo, como ya se ha dicho, a las circunstancias personales y sociales del interno.

Dicha doctrina constitucional puede resumirse en los siguientes aspectos:

a) Si bien no debe desconocerse la importancia del principio constitucional contenido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, esa declaración, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, no confiere como tal un derecho amparable; el art. 25.2 Constitución Española no recoge un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. (Sentencias de Tribunal Constitucional 2/87, de 21 de enero; 28/88, de 23 de febrero).

b) De esa declaración no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad.

La reeducación y la resocialización personales invocadas por el actor han de orientar el modo de cumplimiento de las penas que supongan privación de libertad en la medida en que se presten a la consecución de aquellos objetivos puesto que el mandato del artículo 25.2 de la Constitución Española tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada. En este sentido es relevante la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2011.

Asimismo, el Tribunal Constitucional (Sentencias de Tribunal Constitucional 65/86, de 22 de mayo; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras) ha afirmado que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su ejecución y de las modalidades que revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcancen un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.

Con estas premisas puede afirmarse que la privación de libertad que conlleva el cumplimiento de una condena, el aislamiento de los presos en celdas o, como es el caso, el cumplimiento de la condena en centros penitenciarios que no se ajustan a los deseos y expectativas de los internos son limitaciones que, practicadas con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no pueden considerarse como trato inhumano o degradante, y por lo tanto no vulneran ni el artículo 15, ni el 17 y 18 de la Constitución, ni tampoco el artículo 3 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del artículo 10.2 Constitución Española. Tampoco se incumplen con el internamiento las finalidades de reeducación y reinserción social de las penas que lo son del sistema penitenciario en su conjunto, con respeto a la individualización de las circunstancias de cada penado.

Lógicamente, la privación de libertad que implica la pena impuesta, así como el cumplimiento de una condena, dificulta e incluso impide el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos que no se encuentran en dicha situación. Así, la separación y el alejamiento del preso de su entorno social son consecuencia inevitable de la prisión, pero debemos recordar que no por ello se le puede privar de sus relaciones familiares y sociales, aunque estas lógicamente estén limitadas al ejercicio de los derechos de visita y de comunicación previstos y regulados en la legislación penitenciaria, derechos estos de los que no se ha privado de ningún modo al actor.

En el mismo sentido pueden citarse además las Sentencias de la Sección 8ª de esta misma Sala de 19 de julio y 18 de octubre de 2000, e incluso de esta misma sección de 30 de marzo de dos mil diecisiete, que inciden en el contenido del artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y las tres finalidades que en el mismo se atribuyen a las Instituciones Penitenciarias:

- la retención y custodia de los detenidos, presos y penados;
- la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad y,
- la tarea asistencial de ayuda para internos y liberados, que el Reglamento Penitenciario hace extensiva a sus familiares, en colaboración con las instituciones y asociaciones públicas y privadas dedicadas a estas finalidades.

Y esa finalidad de reeducación y reinserción de los penados –a la que toda pena tiene que estar orientada, artículo 25.2 Constitución Española– se hace efectiva a través del tratamiento penitenciario, definido en los artículos 59.1 de la Ley y 237 del Reglamento como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” y cuya finalidad no es otra que la de “hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades”.

No existiendo entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria el de ser destinados a un Centro Penitenciario próximo al de su lugar de residencia habitual de su familia (art. 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), ni mandato alguno en tal sentido para la Administración—el artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, dentro del Título Primero “De los establecimientos y medios materiales”, se limita a decir: “1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”—, su conveniencia—o no—desde una perspectiva de reeducación y reinserción social del interno, variará en función de cada caso concreto, sin que “a priori” y “en abstracto” pueda hacerse declaración general de clase alguna al respecto.

TERCERO.- En este caso, es desde luego destacable que el actor no haya solicitado—dentro del periodo probatorio efectivamente abierto en el procedimiento— la práctica de prueba alguna (aparte del expediente y de los documentos unidos a los autos) tendente a desvirtuar los motivos fundamentales del acuerdo que cuestiona por lo que aunque la Junta de Tratamiento de Palma de Mallorca y el Trabajador Social aconsejan en sendas fechas de 9 y 10 de marzo de 2017como centro prioritario para su cumplimiento el de Valladolid u otro próximo de la Comunidad autónoma de Castilla León, o el que proceda por cercanía con la familia, dado el apoyo expreso de la familia y el acercamiento al entorno social, sin embargo se advierte también del informe del Educador y de la Junta de Tratamiento en contra de sus pretensiones su inadaptación penal, penitenciaria, psicológica, social y conductual..., siendo su informe desfavorable remarcando la especial gravedad del delito con un alto pronóstico de reincidencia, el no realizar actividades organizadas, haberle incoado un procedimiento sancionador y el no haber abonado la responsabilidad civil.

La mera invocación de esos motivos—sin propuesta de prueba alguna, tan solo el expediente y documentos unidos a los autos con la demanda—resulta entonces insuficiente para cambiar su internamiento desde el Centro Penitenciario de Palma de Mallorca, cuando la razón principal aducida por la Administración penitenciaria y por la Junta de Tratamiento es “la valoración de su actitud y comportamiento efectivo respecto a la satisfacción de la Responsabilidad Civil, y que a efectos del artículo 72.5 de la de

la Ley Orgánica General Penitenciaria se califica su actitud por la Junta como de DESFAVORABLE”.

Es más por ello sigue diciendo la Resolución vertida por unanimidad con fecha 6 de abril de 2017 que “de la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable por el momento que permita inferir una capacidad para llevar en lo sucesivo un régimen de vida en semilibertad..... pues el escaso tiempo pasado por el interno en su actual Centro Penitenciario aconseja profundizar más en su programa de tratamiento.....”.

La Junta propone mantener el 2º grado y traslado al Centro Penitenciario de Mallorca.

Y por ello la decisión de fecha 6 de abril de 2018 de la Subdirectora General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias ahora recurrida menciona que... “el escaso tiempo pasado por el interno en su actual centro penitenciario, aconseja profundizar más en su programa de tratamiento”, propiciando así un mejor control del recluso y una mejor adaptación al centro donde se encuentre. Decisión que parece además conveniente y corroborada en la resolución de 7 de marzo de 2018 del Subsecretario de Interior denegando la alzada al decir que se “considera adecuado el destino asignado, dada las características y perfil del interno, condenado a 35 años de prisión por un delito de homicidio y otro de detención ilegal, así como teniendo en cuenta la cuantía de la condena impuesta y la gravedad y violencia de los hechos delictivos y su elevada planificación; junto con la valoración de que el Centro penitenciario de destino dispone de los recursos y medidas de seguridad adecuados, donde es posible además realizar el programa de tratamiento individualizado que tiene asignado”.

Corroborando su tesis conforme al artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria diciendo que... “en todo caso se ha de procurar que cada centro cuente con un número suficiente de internos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados....”.

Y por lo demás el informe de la Educadora Social del mismo día 9 de marzo de 2018 nada dice relevante y concluyente a estos efectos a favor del actor insistiendo en que no tiene abonada la Responsabilidad Civil y que no realiza actividades.

Se trata pues de unas razones objetivas de peso, exentas de cualquier otra valoración que imposibilitan de hecho la continuación del internamiento y cumplimiento en el Centro Penitenciario de Villanubla (Valladolid) siendo trasladado al de Centro Penitenciario de Palma de Mallorca que tiene un número suficiente de internos para poder satisfacer sus necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de las penados; por lo que sólo de justificarse que no fueran ciertas esas circunstancias alegadas por la Administración relativas a su inadaptación y comportamiento penitenciario y las condiciones más convenientes del Centro Penitenciario de Palma de Mallorca para el (lo que no ha sido desvirtuado en absoluto)....., solo así –decimos– podría prosperar el recurso, pero es que realmente no ha ocurrido esto, pues no se ha acreditado nada al respecto ni en el expediente ni en autos.

En efecto, no se ha solicitado el recibimiento del pleito a examinar prueba, solo se han podido admitir los documentos propuestos y adjuntos en la demanda tendentes a desvirtuar lo acordado..... entre ellos un informe médico de 26 de octubre de 2017 que refiere ansiedad producida por el alejamiento de la familia y social; es decir solo contamos con las documentales del expediente y las unidas a los autos, lo que obliga a confirmar las decisiones recurridas en su integridad.

En consecuencia, deben entenderse suficientemente justificadas las resoluciones recurridas y conformes con las normas aplicables de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento, y coherentes con la finalidad de tales normas, que es la preparación del penado para la reinserción, entrando dentro del cometido de las respectivas autoridades y técnicos intervinientes evaluar la actitud, conducta y evolución del actor para procurarle los medios para asegurar que los diversos regímenes le habitúen al régimen de libertad en un futuro.

En efecto, el artículo 63 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone 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 el momento para el buen éxito del tratamiento. Dicho artículo hace referencia a la clasificación en grado del penado que no es cuestión revisable en esta Jurisdicción pero, en cualquier caso, es un factor a tener en cuenta porque el no traslado es en parte inherente a la continuidad en 2º grado, y ambos son un efecto de la conducta observada en el centro que se revela como sintomática de la falta de inadaptación del actor en el aspecto penitenciario y psicológico.

Es de tener como referentes también los artículos 51 y 65.2 de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia la decisión se ha motivado, el motivo no se ha desvirtuado, y no se infringe derecho alguno del actor porque no se ha puesto de manifiesto que sus circunstancias subjetivas inmersas en el tratamiento individualizado que se ha considerado más conveniente desaconsejen el traslado por parte del órgano administrativo encargado de tal evaluación y que ha decidido su destino en el centro penitenciario de Palma de Mallorca que dispone de los recursos y medidas de seguridad adecuados, donde es posible además realizar el programa de tratamiento individualizado que al efecto tiene asignado. Es por todo ello que procede confirmar los actos recurridos y desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- A ello no obsta desde luego la invocación del artículo 24.2 de la Constitución por la supuesta falta de motivación de la decisión controvertida y la violación de su derecho de defensa y contradicción. La motivación existe, se expresa en la primera resolución de 6 de abril de 2017 y en la propuesta de la alzada presentada el 16 de abril de 2017, e incluso en la resolución expresa de la alzada de fecha 7 de marzo de 2018 y se refiere a las condiciones de los dos centros y a las circunstancias personales del actor que imposibilitan de momento claramente el cumplimiento de la condena en el Centro Penitenciario de Villanubla, y a que se trata de un periodo de cumplimiento en segundo grado de una condena de prisión, muy alta de 35 años por homicidio y detención ilegal y con gran pronóstico de reincidencia, e inadaptación penitenciaria y psicológica.

Vemos que los informes sí han sido oportunamente conocidos por el interesado, quien además ni siquiera alegó ni propuso nada en el trámite oportuno –tanto de esta vía jurisdiccional como de la administrativa– ni propuso prueba alguna tendente a desvirtuarlos, ni en la alzada ni en este

contencioso, lo que impide que puedan considerarse arbitrarios y por tanto contrarios al artículo 9.3.

Como tampoco se ha probado el pretendido trato discriminatorio proscrito por el artículo 14 de la Constitución y que se habría producido en relación a otros reclusos que, en su misma situación, fueron mantenidos en el centro penitenciario más próximo al lugar de residencia de sus familiares y de sus hijos, pues falta toda justificación al respecto, siendo así que el juicio de igualdad “exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, puesto que lo que deriva del precepto constitucional es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente idénticos sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas; la identidad de las situaciones fácticas constituye, por tanto, el presupuesto ineludible para la aplicación del principio de igualdad, correspondiendo a quien lo invoca la carga de ofrecer un término de comparación válido en relación con el cual debe predicarse la pretendida igualdad” (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 212/93, de 28 de junio).

QUINTO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas habrán de ser satisfechas por la parte actora, con el límite de 500 euros dadas sus circunstancias personales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el presente recurso contencioso-administrativo promovido por Dña. B Procuradora de los Tribunales, designada en el turno de oficio para la representación de D. N. , contra la Resolución de la Subdirectora General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias de fecha 6 de abril de 2017, y por la cual se fijó como Centro Penitenciario de destino para el cumplimiento de su condena el de Palma de Mallorca desde el Centro Penitenciario de Villanubla (Valladolid), donde ya se encontraba ingresado cumpliendo su condena desde hace bastantes años, habiendo ya cumplido un cuarto de la misma, suplicando el actor ir de nuevo a este Centro Penitenciario de Villanubla en Valladolid; e igualmente se dirige el procedimiento contra su con-

firmación en la alzada presentada el 16 de abril de 2017 contra su traslado a Palma de Mallorca, y plasmada en resolución expresa desestimatoria de 7 de marzo de 2018 emitida por la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica –Subsecretaría de Interior–; es por lo que debemos declarar y declaramos que dichas Resoluciones son ajustadas a Derecho, y las confirmamos.

CAPÍTULO XVII

OTROS

78.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 10/10/2019

Se desestima la petición de acceso al informe del Centro Penitenciario en el marco de la solicitud de indulto previsto en la Ley de 1870.

En Madrid, a 10 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número que ha sido interpuesto por la procuradora, en el nombre y representación de don M. contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2018 dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 3 de marzo de 2017 del Jefe del Servicio de Indultos de la División de Derechos de Gracia y otros Derechos de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, habiendo comparecido como parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en representación y defensa de la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el día 29 de junio de 2018, cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: “que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso [...] contra la resolución de 3 de marzo de 2017 del Jefe del Servicio de Indultos de la División de Derechos de Gracia y otros Derechos de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia [...] con imposición de costas a la recurrente”.

SEGUNDO: Notificada a los interesados, la representación procesal de don M. presentó recurso, que dio lugar al Auto de 2 de octubre de 2018, en el que se tenía por preparado el mismo y se emplazaba a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y personadas las recurridas, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto de 18 de enero de 2019, que acuerda:

“1º) Admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de don M. contra la sentencia –de 29 de junio de 2018– de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en la determinación de los presupuestos y requisitos necesarios para la aplicación de la limitación para el acceso a la información consistente en la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, contenida en el artículo 14.1.k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como la afectación de dicha limitación al derecho de acceso reconocido en el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común.

3º) Identificar como normas jurídicas que en principio será objeto de interpretación, el artículo 14.1.k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común”.

TERCERO: La representación procesal de don M. dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala:

“1º) Estimar este recurso de casación.

2º) Declarar que la Sentencia 443 de 29 de junio de 2018 dictada por la Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento ordinario no es ajustada a derecho y la anule.

3º) Como consecuencia de los anteriores pronunciamientos, por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, estime el recurso contencioso adminis-

trativo interpuesto contra la resolución de 3 de marzo de 2018 dictada por el Jefe de Servicio de División de Derechos de Gracia y otros Derechos y acuerde haber lugar al acceso por Don M. a los informes obrantes en el expediente de indulto parcial tramitado el 9 de mayo de 2016 con expresa condena en costas en la primera instancia”.

CUARTO: El Abogado del Estado se opuso al recurso de casación promovido y, se dictó providencia señalando para su deliberación, votación y fallo el 2 de octubre de 2019, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de este recurso es el escrito manuscrito del interno en el Centro Penitenciario de Valladolid, D. M. al Ministerio de Justicia en fecha 16 de enero de 2017 en el que expone: “sobre petición de indulto parcial tramitado el 9 de mayo de 2016 desde el C.P. Foncalent-Alicante, número de tramitado 1587. Solicito de este ministerio que antes de pasar a resolver me faciliten informes del órgano colegiado de la cárcel de Valladolid donde informa de forma desfavorable, según indica el informe del director de esta prisión de fecha 28 de noviembre de 2016 al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid donde de forma desfavorable informa sobre mi petición de tramitación de indulto conforme al art. 260 del Reglamento Penitenciario se emite informe con falsedades, manipulado que incluso puede vulnerar el art. 205, 173, 404 entre otros del vigente Código Penal.

Solicito esta información sin dilación conforme a la ley 15/1999 de 13-12 de protección de datos (en sobre cerrado de forma confidencial)”.

La respuesta de la División de Derechos de Gracia y otros Derechos (Subsecretaría) del Ministerio de Justicia, de fecha 7 de marzo de 2017, expresa: “En contestación al escrito en el que nos solicita se le remita el informe del Centro Penitenciario, le comunico que los informes y aquellos documentos procedentes de diferentes organismos que se han incorporado a su expediente para la resolución del mismo, se encuentran restringidos al derecho de acceso, por estar estos informes realizados al amparo de los artículos 24 y 25 de la Ley de Indultos, pudiendo constar en ellos datos que se encuentran especialmente protegidos a tenor de lo dispuesto en el

artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y por ese motivo, excluidos del derecho de acceso a la información pública ex artículo 14.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Por los motivos expuestos, no puede cumplirse su solicitud en los términos planteados”.

El expediente administrativo obrante (4 folios) en el recurso, consta de los dos documentos antes mentados y notificaciones, así como un oficio de remisión del mismo de fecha 11 de julio de 2017 al Tribunal Superior de Justicia de Madrid especificando: “En el expediente de indulto consta un informe de conducta emitido por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Valladolid dirigido a la A.P. Sección 3ª de Valladolid, en base al Anexo 2º del Modelo de Gestión de la Instrucción 17/2007 (TGP) de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que va dirigido a dicho Tribunal sentenciador con una serie de valoraciones sobre la conducta del penado a los efectos de emitir el correspondiente informe (art. 24 y 25 de la Ley 18/06/1870 por la que se establece las Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto) que nada tiene que ver con lo previsto en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario y el informe de la Junta de Tratamiento que conlleva”.

SEGUNDO.- Recurrída la resolución administrativa antes citada ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, éste dictó una cuidada sentencia en fecha 29 de junio de 2018, desestimatoria del recurso 298/2017, en la que , entre otras consideraciones razona:

“[...] el acceso al informe desfavorable se solicita con anterioridad al dictado de la resolución de indulto, con lo que nos encontraríamos incluso ante el intento de impugnación de un acto posiblemente no recurrible, pues no solo no es definitivo, sino que está ontológicamente vinculado al ejercicio de un derecho de concesión graciosa, no siendo ni definitivo ni creador de lesión material alguna, lo cual podría incluso conllevar la inadmisión del presente procedimiento”.

TERCERO.- Interpuesto recurso de casación ante esta Sala y dictado por la Sección Primera Auto de Admisión de 18 de enero de 2019, con el contenido reflejado en el Antecedente de Hecho Segundo, la parte recurrente interpone demanda señalando que “el Sr. M. se encontraba incurso

en un procedimiento administrativo de solicitud de indulto parcial” y alegando “la infracción en la sentencia recurrida de los arts. 12, 13, 14 y 15 y 20.2 de la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, concretamente. Por la aplicación del art. 14.1.k de dicha Ley y el art. 53.1.a de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

El Abogado del Estado se opone al recurso alegando la procedencia del art. 14.1.k de la Ley 9/2013, correctamente aplicado según la Administración General del Estado en las dos sentencias previas.

CUARTO.- El recurrente se encuentra en prisión. En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 11 de octubre de 2016, en el asunto Cano Moya c. España, falló por seis votos a uno, que el Estado demandado había incumplido art. 34 del Convenio europeo de derechos Humanos, al no facilitar al demandante una copia del expediente tramitado con ocasión de una sanción disciplinaria, para que interpusiera una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Comisión Disciplinaria de la cárcel de Alicante declaró a D. M. el 20 de octubre de 2009 culpable de infracción disciplinaria conforme al Reglamento Penitenciario con tres sanciones: por haber amenazado a funcionarios penitenciarios; por haber desobedecido las órdenes de funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones y por haber dañado bienes del establecimiento. La sanción fue revocada parcialmente por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de la Comunidad Valenciana.

Aunque el Gobierno del Reino de España justificó que se le habían notificado correctamente los documentos relativos al expediente, (sanción, autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que, dada la situación del demandante en prisión, necesitaba el expediente judicial completo y era una obstrucción denegárselo para ejercer el derecho a una demanda ante Estrasburgo. Hubo un voto particular contrario a la vulneración del art. 34 del Convenio apreciada por la mayoría.

QUINTO.- En relación con el objeto del presente recurso, debe precisar esta Sala que no estamos en el procedimiento administrativo regulado en el artículo 206 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario, y que establece la modalidad de indulto a soli-

cidad de la Junta de Tratamiento, a propuesta del Equipo Técnico, conocido como indulto a instancias del Centro Penitenciario.

Estamos en el marco de un indulto a instancias del condenado, que está en tramitación, es decir, que no ha existido, en el momento de la petición del informe de la Junta de Tratamiento (Equipo Técnico), denegación ni concesión de indulto.

Y éste indulto a instancias del particular condenado se tramita conforme a la Ley de Indulto, de 24 de junio de 1870 (Gaceta de Madrid, 175/18709).

En el conocido preámbulo de D. Eugenio Montero Ríos a esta ley de 1870 se dice: “si debe ser ilimitada la libertad de pedir, es necesario poner fuertes trabas a la de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del Tribunal que haya sentenciado al reo [...]”.

El artículo 23 de la Ley del Indulto establece: “Las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaren al Ministro de Justicia, se remitirán a informe del Tribunal sentenciador”.

“Este (art. 24) pedirá a su vez informe sobre la conducta del penado al Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena, o al Gobernador de la provincia de su residencia, si la pena no consistiese en la privación de la libertad, y oirá después al Fiscal y a la parte ofendida, si la hubiere”.

Disponiendo el art. 25 de la tan citada Ley de 1870 “El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna, si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”.

SEXTO.- Las sentencias de esta Sala de 20 y 27 de septiembre citadas por la representación del recurrente, a la que se puede añadir la reciente sentencia de 30 de septiembre de 2019 (rec. 19/2018), se refieren las tres a procedimientos de indulto finalizados con denegación del mismo, y en las que se analizan la existencia y contenido de los actos reglados del procedimiento tramitado de indulto. Como dijimos en la sentencia de 30 de septiembre de 2019, tras citar la jurisprudencia sobre este tema, “Como se recoge en dichas sentencias, la doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros: 1) El control no puede afectar a los defectos de motivación; 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo”.

En el presente caso, y en el momento del recurso de casación, no se ha producido la finalización del procedimiento de indulto, ni siquiera se sabe, a la vista del expediente administrativo limitado a la concreta petición documental de D. M., cuál fue el contenido del informe del Tribunal sentenciador tras la recepción del informe sobre la conducta del penado, remitido por el Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena.

SÉPTIMO.- La tramitación del procedimiento de indulto, por su propia naturaleza, no es una tramitación contradictoria, en la que el particular solicitante del indulto pueda oponerse al informe del Centro Penitenciario, o incluso posteriormente impugnar el informe (opinión según el Preámbulo de la Ley de 1870) del Tribunal sentenciador.

Y desde luego, la petición del solicitante del informe al Ministerio de Justicia, transcrita en nuestro Fundamento de Derecho Primero, no se adecúa en absoluto a la naturaleza no contradictoria del procedimiento de indulto, y la referencia final al “informe (del Centro Penitenciario) con falsedades, manipulado que incluso pueda vulnerar el artículo (sic.) 205, 173, 404 entre otras (sic) del Código Penal”, va más allá de un intento de contradicción, pareciendo un intento de coacción o amenaza.

En los escritos de preparación y de interposición del presente recurso, la representación procesal del recurrente se limita al derecho, según ella, de D. M. a tener conocimiento del informe, aunque también alega que la denegación del mismo “causa indefensión” sin explicar la razón de esta indefensión.

Por todo lo que se acaba de exponer, se rechaza el presente recurso en cuanto que no estamos en un procedimiento contradictorio, pues es ajeno este carácter al procedimiento de indulto de la ley de 1870. Y no existe ningún derecho a discutir el contenido del informe del Centro Penitenciario, al menos en este trámite del procedimiento. Debe tenerse en cuenta que el informe del Centro Penitenciario, favorable o desfavorable, y el dictamen posterior del Tribunal Sentenciador, favorable o desfavorable al indulto parcial solicitado, no supone que se concederá o no el indulto, pues éste es ejercicio de un derecho de gracia.

Y la concesión o denegación del indulto, es susceptible de impugnación, en cuanto a los elementos reglados del procedimiento.

En la sentencia antes citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la violación del artículo 34 del Convenio por el Reino de España, por obstrucción del derecho a presentar demanda ante el mismo, tiene su fundamento en la no entrega de copia completa del expediente tramitado consecuencia de la sanción impuesta a D. Miguel Ángel, para que pudiese ejercer su derecho de defensa ante dicho Tribunal Europeo contra todo lo ocurrido en la tramitación de dicha impugnación. En el presente recurso, el expediente está en tramitación, por lo que no cabe hablar de indefensión ni de necesidad de defensa.

OCTAVO.- Por último, y en relación a la concreta cuestión de interés casacional del Auto de Admisión, como conclusión a lo antes razonado, y partiendo de la abstracción del informe del Centro Penitenciario en un procedimiento de indulto en tramitación, conforme a la Ley de Indulto de 1870, procede denegar tal petición por todo lo antes expuesto, y desde luego, en aplicación del artículo 14.1.k de la Ley 19/2013, sin aplicación del artículo 53.1.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común. El procedimiento de Indulto de la Ley de 1870, donde no existe contradicción, no es el procedimiento administrativo común como para permitir que un informe del Centro Penitenciario, “dada la necesidad de salvaguardar las delicadas relaciones entre internos y vigilantes en el ámbito de las instituciones penitenciarias, así como la necesidad de garantizar la imparcialidad, objetividad y veracidad de los informes”, (contestación del Abogado de Estado), pueda ser trasladado a conocimiento del solicitante del indulto en tramitación, pues conforme al artículo 14.1.k de la ley 19/2013, el derecho de acceso a dicho informe en este caso puede (y debe) ser limitado, al suponer un perjuicio “por la garantía de confidencia-

lidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”, en este caso de decisión de gracia, como es el proceso de indulto.

Por todo lo expuesto, el presente recurso es desestimado.

NOVENO.- La desestimación del recurso determina, de conformidad con el artículo 139.1 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la imposición de las costas al recurrente, que la Sala, haciendo uso de las facultades establecidas en nº 4 de dicho precepto y atendiendo a las circunstancias del caso, establece en la cantidad máxima, por todos los conceptos, de 1.000 euros, más IVA si se devengara, a favor de la Administración demandada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar al recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. M., contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2018 dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima el recurso contencioso-administrativo 298/2017 contra la resolución de 3 de marzo de 2017 del Jefe del Servicio de Indultos de la División de derecho de gracia y otros derechos de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia; con imposición de las costas al recurrente en los términos establecidos en el último Fundamento de Derecho.

79.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 24/10/2019

No procede declarar la extemporaneidad del recurso al no constar que la notificación fue efectuada de forma personal y directa.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por don E., representado por la procuradora de los Tribunales, designada por el turno de oficio, y asistido del Letrado del mismo turno, contra la resolución de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judi-

cial de 21 de febrero de 2018, que inadmite por extemporáneo el recurso de alzada núm., deducido por el recurrente contra el acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria, de 23 de octubre de 2017, que dispuso el archivo de la diligencia informativa, instruida en virtud de la denuncia formulada contra varios órganos judiciales del ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Ha sido parte recurrida el Consejo General del Poder Judicial, representado y defendido por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de 5 de septiembre de 2018 la procuradora designada por el turno de oficio, en representación de don E., interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de febrero de 2018, que inadmite por extemporánea la alzada deducida contra acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria, de 23 de octubre de 2017 que decreta el archivo de la diligencia informativa instruida en virtud de la denuncia formulada por el recurrente contra varios Juzgados del ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 7 de septiembre de 2018 se tuvo por interpuesto el recurso y se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativ).

TERCERO.- Recibido el expediente, por diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2018 se tuvo por personada y parte a la Administración recurrida y se concedió traslado a la representación del recurrente para que, en el plazo de veinte días, dedujera la demanda.

CUARTO.- La procuradora formalizó la demanda mediante escrito de 25 de octubre de 2018.

En el apartado de hechos relata que el 25 de mayo de 2017 el recurrente solicitó la apertura de diligencia informativa al Consejo General del Poder Judicial por diversos retrasos que entendió maliciosos de diversos órga-

nos judiciales del ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Sevilla y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

El Promotor de la Acción Disciplinaria incoó la diligencia informativa, que fue comunicada al Tribunal Superior de Justicia. El 23 de octubre de 2017 el Promotor de la Acción Disciplinaria archivó la diligencia informativa y acordó no incoar expediente disciplinario.

Sostiene que dicho acuerdo le fue notificado en el Centro Penitenciario Madrid VI (Aranjuez), cuando se encontraba en el Centro Penitenciario Madrid IV (Navalcarnero) y, una vez que le fue entregada la notificación en dicho Centro Penitenciario el 2 de noviembre de 2017, interpuso dentro del plazo de un mes (2 de diciembre de 2017) recurso de alzada conforme a los artículos 112, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre Ley de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas.

El 17 de enero de 2018 el Promotor de la Acción Disciplinaria informa sobre la desestimación del recurso y confirmación del acuerdo por los mismos fundamentos contenidos en la resolución recurrida.

El recurso de alzada fue declarado extemporáneo por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de febrero de 2018, al considerar que el acuerdo de archivo le fue notificado al recurrente el 9 de marzo de 2018.

El recurrente solicitó copia de todo lo actuado en lo que denomina acción disciplinaria con arreglo al artículo 24.2 Constitución Española, el artículo 234 Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 5 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 1/2005 pero dicha información le fue denegada en forma expresa el 16 de abril de 2018 (al folio 76 del expediente) alegando el carácter reservado de las diligencias informativas, lo que considera que le ha causado indefensión.

En los fundamentos de Derecho reitera lo que se acaba de exponer.

Finalmente termina pidiendo a la Sala que:

“[...] previos los trámites establecidos por la Ley dicte Sentencia por la que estimando el Recurso interpuesto por mi mandante contra el Consejo General del Poder Judicial declare nulas dichas resoluciones por no ser

conformes a derecho, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales”.

Solicitó que se recibiera el proceso a prueba para acreditar la notificación defectuosa y de la interposición en tiempo y forma del recurso de alzada y que se tuvieran por aportados, como documental, los documentos de las actuaciones y el expediente administrativo.

QUINTO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito de 26 de noviembre de 2018.

Argumenta que la interposición del recurso de alzada fue extemporánea y solicita la inadmisión o en su caso desestimación del recurso.

SEXTO.- Por decreto de 3 de diciembre de 2018 se tuvo por contestada la demanda y se fijó la cuantía del recurso en indeterminada; por Auto de 11 de diciembre de 2018 se recibió a prueba admitiendo todas las propuestas, remitiendo exhortos a los Centros Penitenciarios de Aranjuez y Navalcarnero.

SÉPTIMO.- Las partes presentaron sus conclusiones escritas y se declaró concluso el procedimiento en diligencia de ordenación de 1 de abril de 2019.

OCTAVO.- En providencia de 30 de septiembre de 2019 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 17 de octubre de 2019, fecha en la que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en el acuerdo que se impugna en este proceso inadmite por extemporáneo el recurso de alzada interpuesto por el interno don E., contra el Acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria de 23 de octubre de 2017 que decretó el archivo de la diligencia informativa.

Se fundamenta el acuerdo recurrido que el acuerdo fue notificado al interno el día 26 de octubre y que, desde el Centro Penitenciario de Navalcarnero, presentó su alzada el día 2 de diciembre siguiente y, por ello, dice, fuera claramente del plazo establecido.

La prueba practicada a instancia del recurrente demuestra que la resolución de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial impugnada se equivoca al apreciar la extemporaneidad.

Del expediente administrativo resulta que la resolución impugnada en alzada fue notificada, por correo certificado con acuse de recibo, en escrito dirigido al recurrente como interno en el Centro Penitenciario Madrid VI de Aranjuez y, en efecto, consta firmada la hoja rosa el 26 de octubre en dicho centro penitenciario (folio 62 del expediente). Un examen atento revela, no obstante, que lo fue por una persona cuyo DNI y firma no parecen, a simple vista, coincidir con los del actor. Ni podían hacerlo porque, en el trámite de prueba, la parte actora ha logrado probar que el sr. E. no se encontraba interno el 26 de octubre de 2017 en el Centro de Aranjuez, sino en el de Navalcarnero donde fue trasladado el 9 de septiembre de 2017 (folio 89 de los autos).

SEGUNDO.- No podemos dar la razón al Abogado del Estado, cuando objeta que el interno debió comunicar el cambio de centro penitenciario o domicilio y que, al no haberlo hecho, deben reputarse válidas las notificaciones que constan en el expediente. La jurisprudencia constitucional (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2003, de 27 de enero, FJ 4 y Fallo) es aplicable a este caso cuando declara que en las notificaciones a personas privadas de libertad en centros penitenciarios es obvia la necesidad de extremar las cautelas antes de declarar extemporánea una notificación, en procedimiento penal o, como en el caso, en quejas relacionadas con él cuando no conste que la notificación fue efectuada en forma personal y directa.

TERCERO.- Procede en consecuencia estimar el recurso y, al no formular el recurrente otras pretensiones que las de su queja a que se inadmita por extemporáneo un recurso que no le fue notificado en forma, procede retrotraer las actuaciones en vía administrativa para que la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial se pronuncie correctamente sobre el fondo del recurso de alzada presentado por el interno, única forma de lograr que el recurrente pueda formular las pretensiones que entienda oportunas contra la nueva resolución.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo procede efectuar expresa imposición de costas a la parte recurrida, al rechazarse todas sus pre-

tensiones. De acuerdo con el artículo 139.4 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa limitamos las costas, por todos los conceptos, salvo el IVA si procediere, a la cantidad de 4.000 euros.

Por lo expuesto,

FALLO

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

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don E., representado por la procuradora de los Tribunales contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de febrero de 2018 que inadmite por extemporáneo el recurso de alzada núm. deducido por el recurrente contra el acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria, de 23 de octubre de 2017, que decreta el archivo de la diligencia informativa. Anulamos dicha resolución por no ser conforme a derecho, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado para que la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial dicte resolución sobre el fondo del asunto.

2º) Imponemos las costas a la parte demandada, en los términos del último fundamento jurídico.

80.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 04/02/2019

No procede la autorización de autogobierno para la realización de exámenes de la UNED.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario de Soria queja por denegación de salida en autogobierno el 5/2/19.

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, con la pretensión de salida en autogobierno –para la realización de examen de la UNED–, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario de Soria, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, en tanto que, a tenor de dicho informe, todos los alumnos del Centro Penitenciario que cursan estudios a través de la UNED, tienen como centro de referencia según lo establecido por la Secretaría General y la UNED, el Centro Penitenciario de Zuera al que son trasladados para realizar los exámenes en las convocatorias correspondientes, traslados que se gestionan por el Gestor de Formación y se realizan en fechas próximas anteriores a la fecha del examen convocado y regresan al Establecimiento una vez realizado el mismo, siendo su estancia en el Centro Penitenciario de Zuera la mínima posible.

El supuesto solicitado por el interno no está entre los contemplados en el Reglamento Penitenciario (Art. 155) sobre permisos extraordinarios. La referencia que hace el artículo 155.5 a la posibilidad de concederse en régimen de autogobierno lo es para los contemplados en el apartado 4 del citado artículo (previo informe médico... para consulta ambulatoria o ingreso hospitalario..., para los penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente permisos ordinarios de salida) lo que no es del interno, que no disfruta permisos ordinarios.

Por consiguiente, y tal y como ha informado el Ministerio Fiscal, el Centro Penitenciario no deniega al interno la realización de sus exámenes de UNED, sino que dicho interno deberá, como el resto en su misma situación, ajustarse al protocolo establecido por Instituciones Penitenciarias y la propia UNED, esto es, realizar el examen en el Centro Penitenciario de Zuera, a través del correspondiente traslado.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestime la queja del interno del Centro Penitenciario de Soria.

81.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 25/02/2019

Se desestima queja en relación con los puntos adjudicados por estudios de la UNED.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha formulando queja por disconformidad con los puntos adjudicados por razón de sus estudios en la UNED en el tercer trimestre de 2018.

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, por disconformidad con los puntos adjudicados por razón de sus estudios en la UNED en el tercer trimestre de 2018, y a la vista de lo actuado en el presente expediente y de lo informado por el Centro Penitenciario Herrera de La Mancha, procede tener presente que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 264.1 del Reglamento Penitenciario. “En cada caso concreto, la recompensa concedida y su cuantía, en su caso, se determinará por la Comisión Disciplinaria del Centro, atendiendo a la naturaleza de los méritos contraídos y a cualesquiera otras circunstancias objetivas o subjetivas que pongan de manifiesto el carácter ejemplar de la conducta recompensada”.

En el concreto caso aquí examinado, y según resulta del informe del Centro Penitenciario, que goza de la presunción de veracidad propia de la actuación administrativa, para la adjudicación de los puntos /evaluación que dan lugar a la concesión de las recompensas, se valoran los factores de asistencia a la actividad, el esfuerzo realizado y el rendimiento obtenido, siendo así que el interno, matriculado en 1º de Antropología en la UNED, fue convocado para la realización de los exámenes correspondientes en los meses de febrero y junio de 2016 y no acudió a los mismos, lo que, según informó el Centro Penitenciario, acredita una falta de esfuerzo y rendimiento que no le hizo merecedor de recompensa.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumpli-

miento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

82.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 06/03/2019

No se permite la entrada al Centro Penitenciario después de un permiso con un paquete de folios.

HECHOS

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, presenta petición para que se le autorice la entrada en el Centro, cuando regresa de un permiso, de un paquete de 500 folios.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la queja del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone al artículo 76.2-G de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

El interno presenta petición para que se le autorice la entrada en el Centro, cuando regresa de un permiso, de un paquete de 500 folios. Del análisis de la documentación que obra en autos resulta que los paquetes de folios se venden en el Economato del Centro, hecho que justifica la negativa de la Dirección del Centro a permitir al interno su introducción al regreso de un permiso, por razones de seguridad.

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

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA la queja del interno, por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

83.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL DE FECHA 18/03/2019

Se desestima queja en relación a la circunstancia de haber salido al patio en solitario.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Con fecha 12/12/2018, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto desestimando la queja formulada por el interno por haberle sacado al patio solo el día 05/09/2018.

SEGUNDO.- Contra el referido auto, el interno interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó su desestimación.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencia de 05/03/2019 se ordenó la composición y se asignó la ponencia conforme al turno establecido, señalándose para deliberación el día 14 de marzo, realizada la cual, se dicta la presente resolución.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

ÚNICO.- Comenzaremos recordando, de nuevo, que, estando en prisión el recurrente, se encuentra sujeto a una relación de sujeción especial, que, en lo que al interno se refiere, está por pasar y acatar las normas de régimen interior del Centro, lo que, traducido a términos más comprensibles, significa que, en tal situación, el interno no tiene libertad para hacer y disponer a su conveniencia cuanto desee, sino que habrá de pasar por esas normas de régimen interior, y solo si, como consecuencia de ello, entra en conflicto algún derecho fundamental, valorar el caso a la hora de tomar la decisión.

Invoca el recurrente el artículo 94.2 Reglamento Penitenciario, que, en cuanto a las normas que han de regir en relación con el régimen de los módulos o centros cerrados, establece:

“El número de internos que, de forma conjunta, podrán realizar actividades en grupo, será establecido por el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento, con un mínimo de cinco internos”.

Pues bien, sin ignorar lo dispuesto en el referido precepto, tampoco se debe ignorar que el interno se encuentra clasificado en régimen del artículo 91.2 del Reglamento Penitenciario, como tampoco se debe ignorar su abrumadora litigiosidad, aunque sólo sea a la vista de la numerosa cantidad de quejas y reclamaciones que formula, siempre con invocación de vulneración de derechos fundamentales y abusos y arbitrariedades por parte de distintos funcionarios, de las que su rechazo constituye su inmensa mayoría.

En cualquier caso, en el informe que emite el Centro Penitenciario, transcrito en el auto recurrido, y que también asume este Tribunal, se da una explicación sobre el funcionamiento de las horas de patio, y se da como razón por la que el interno salió en solitario, porque “fue él voluntariamente el que decidió ocupar en solitario sus horas de patio”, razón que, dada la presunción de veracidad de que goza el informe, consideramos suficiente para la desestimación de la que y, en consecuencia, para rechazar el recurso.

En atención a lo expuesto.

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno contra el auto dictado con fecha 12/12/2018, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, desestimatorio, a su vez, de la queja formulada por haberle sacado al patio solo el día 05/09/2018.

84.- SENTENCIA DEL JUZGADO PENAL 2 ALMERÍA DE FECHA 19/03/2019

Delito contra la salud publica cometido en Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal durante el acto del Juicio calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369.17 del Código Penal, reputando responsable, en concepto de autor, al acusado, con la concurrencia de las atenuantes de drogadicción del artículo 21.2 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal y la de dilaciones indebidas del artículo 21.6 Código Penal instando la pena de 1 año y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual período, multa de 400 € con 5 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y costas.

Asimismo instó, una vez recaída sentencia firme, que se proceda a la destrucción total de las muestras de la sustancia incautada.

SEGUNDO.- El/los acusado/s y su Letrado defensor mostraron conformidad con la calificación del Ministerio Fiscal.

HECHOS PROBADOS

Por conformidad se declara probado que el día 14 de agosto del año 2014, en el Centro Penitenciario El Acebuche, en el que se encontraba internado el acusado tras registro realizado en la celda que ocupaba el mismo se intervinieron, ocultos en una abertura del colchón que le correspon-

día, liados en un condón 163 trozas de comprimidos de trankimazim, cuyo principio activo es el alprazolam que el acusado poseía para su venta en el interior del Centro Penitenciario. La sustancia incautada arrojó un peso neto de 36,57 gramos cuyo valor se estima en 585 €.

En el momento de los hechos el acusado estaba sometido a tratamiento de desintoxicación en el Centro Penitenciario, que inició en 2013 hasta 2017.

El procedimiento ha sufrido diversas paralizaciones no imputables al acusado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Teniendo en cuenta las penas pedidas por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora y dado la conformidad prestada por el/los acusado/s y su Letrado defensor, procede dictar sentencia según la calificación de la acusación, dado que los hechos son constitutivos de delito Contra la salud pública y la pena solicitada corresponde a dicha a calificación.

SEGUNDO.- Las Costas son consecuencia de la responsabilidad criminal ahora declarada (artículo 123 del Código Penal, 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal),

Vistos los artículos citados y demás de aplicación del Código Penal y de la legislación orgánica y procesal,

FALLO

Que debo condenar y CONDENO al interno como autor/es de un delito de Contra la salud pública de los artículos 368 y 369.1.7ª del Código Penal, con la concurrencia de las atenuantes de drogadicción del artículo 21.2 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal y la de dilaciones indebidos del artículo 21.6 Código Penal, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual periodo, multa de 400 €, con 5 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. así como al pago de las costas.

85.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA DE FECHA 20/03/2019

Comisión de delito de incendio en Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa tiene su origen en el Sumario tramitado en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Almería, en virtud de atestado de la Policía de Almería. Seguido por todos sus trámites fue dictado Auto de Conclusión de Sumario, siendo emplazadas todas las partes por término legal para su comparecencia ante esta Sala por medio de Procurador, confirmado el mismo por esta Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, acordándose la apertura de juicio oral.

SEGUNDO.- Formado el correspondiente Rollo y recibidas las actuaciones en esta Sala, cumplidos los trámites de instrucción y de calificación provisional por las partes, se señaló para juicio, acto que tuvo lugar el día 19 de marzo de 2019 a las 11:00 horas, a cuyo inicio el procesado y su defensa manifestaron su conformidad con la siguiente calificación acusatoria:

- Los hechos relatados son constitutivos de:

- 1.- Un delito de incendio del artículo 351, párrafo 1º del Código Penal.
- 2.- Un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal.

- De los delitos responde como AUTOR el procesado (artículo 28 del Código Penal).

- Concorre en el delito A), la agravante de reincidencia del artículo 22 nº 8 del Código Penal y en ambos delitos la atenuante de alteración en la percepción desde la infancia de los artículo 21.1 en relación al 20.3 el Código Penal.

- Procede imponer al acusado la pena de única de 10 años de prisión por el delito de incendio y de 6 meses de prisión por el delito de lesiones, accesoria de inhabilitación absoluta por el primero y de inhabilitación especial por el segundo. Costas. Abono, en su caso, de la prisión preventiva sufrida por esta causa.

- En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará al estado en 6.080,17 euros por los desperfectos causados en el Centro Penitenciario “El Acebuche” y a la víctima en 1.800,00 euros por las lesiones.

Cantidad que se incrementará conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Probado y así se declara que: Que el día 8-8-16, en el Centro Penitenciario de “El Acebuche” de Almería, el acusado, mayor de edad, condenado por sentencias firmes de 29-6-10 y de 12-6-13, por delitos de incendio, a las penas de 5 y 10 años de prisión) respectivamente, quien tiene alterada su percepción desde la infancia, lo que le impide tener una capacidad de discernimiento completa, se encontraba cumpliendo condena en la celda nº 21 del ala 2, que compartía con dos internos.

Sobre las 1,00 horas, el acusado, estando sus compañeros de celda durmiendo, cogió un encendedor de uno de ellos y prendió fuego al colchón y a la almohada de su cama, generándose un incendio, teniendo que ser evacuados los 11 internos que ocupaban el ala dos para evitar su intoxicación por inhalación de humos y quemaduras, siendo aquél finalmente extinguido por funcionarios del Centro Penitenciario, haciendo uso de extintores y equipos autónomos.

Como consecuencia del incendio, uno de los internos sufrió quemaduras de primer y segundo grado en cara, cuello, manos, antebrazos y piernas, lesiones que precisaron para su sanidad de tratamiento médico y curas locales, tardando en curar 30 días, de los cuales, 20 ha estado incapacitado para sus ocupaciones habituales (10 de ellos ingresados en el hospital). Igualmente un Funcionario de Prisiones sufrió lesiones por inhalación de humos, que precisaron para su sanidad de una sola asistencia facultativa, aquél no reclama indemnización ni presenta denuncia.

En el Centro Penitenciario, como consecuencia del fuego, se produjeron unos desperfectos peritados en 6.080,17 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos que se declaran probados en la presente resolución son constitutivos de un delito de lesiones y otro de incendio, previstos y penados en el artículo núm. 147 y 351 párrafo primero del Código Penal.

SEGUNDO: De los referidos delitos es responsable en concepto de autor el procesado, con arreglo a lo ordenado en el número primero del artículo número veintiocho del citado Código por su participación directa, material y voluntaria en su ejecución.

TERCERO: En la ejecución de dichos delitos procede apreciar la existencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante de alteración en la percepción y en el delito de incendio la agravante de reincidencia.

CUARTO: Que todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente y, además debe ser condenado al pago de las costas procesales. Respecto de la indemnización que se solicita, este Juzgador considera acertada y prudente la petición del Ministerio Fiscal.

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

FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al interno, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante de alteración de la percepción:

- como autor de un delito ya definido de incendio, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a diez años de prisión, con inhabilitación absoluta durante ese tiempo, con indemnización al Centro Penitenciario El Acebuche en 6.080,17 euros, más sus intereses legales al pago;

- como autor de un delito ya definido de lesiones, a seis meses de prisión, con inhabilitación especial durante ese tiempo, con indemnización a S.F.E. de la suma de 1.800 euros, más sus intereses legales al pago.

Se le condena al pago de las costas procesales.

86.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA DE FECHA 23/04/2019

Se suspende la obligación del pago de pensión de alimentos durante la estancia en prisión y el no acceso a destino remunerado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2, con fecha 24 de septiembre de 2018, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

“Acuerdo estimar íntegramente INTEGRAMENTE la demanda presentada por el procurador, en nombre y representación de O. CONTRA S. y en consecuencia PROCEDE MODIFICAR LAS MEDIDAS DEFINITIVAS REFERENTES AL RÉGIMEN DE VISITAS acordadas en procedimiento de DIVORCIO CONTENCIOSO adoptadas por sentencia de fecha 29.10.2013 dictada por este mismo Juzgado EN EL SENTIDO QUE SIGUE:

Se suspende el derecho de visitas del menor con su padre hasta que el demandado cumpla íntegramente la pena privativa de libertad por la que fue condenado.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes”.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia ahora impugnada estima la demanda acordando la suspensión del régimen de visitas en favor del hijo menor y del progenitor no custodio al haber ingresado este en prisión para cumplimiento de pena.

El demandado interpone recurso respecto de este pronunciamiento al entender que el mismo choca frontalmente con el acuerdo adoptado en el

acto de la vista entre las partes y también el Ministerio Fiscal. Acuerdo consistente en que, mientras que permanezca en prisión, se sustituye el régimen anterior por visitas durante el tiempo de los permisos penitenciarios del demandado, incluyendo pernocta, y que se realizarán en casa de los abuelos paternos, avisando con suficiente antelación a la madre del menor de la fecha de tales permisos.

El segundo motivo del recurso se refiere a que la sentencia, frente a lo controvertido en el mismo acto de la vista que además provocó la práctica de una diligencia final, sostiene que no ha sido objeto del proceso la suspensión de la pensión de alimentos al no haberse planteado reconvencción.

SEGUNDO.- El primer motivo debe ser estimado claramente sin mayor argumentación cuando debe primarse el acuerdo de los padres en las relaciones paterno filiales, máxime cuando el Ministerio Fiscal está igualmente conforme y es acorde al interés del menor.

TERCERO.- Respecto de la suspensión del pago de la pensión de alimentos debido a la situación de prisión del apelante, debe señalarse lo siguiente.

Fueran o no necesaria formalmente una reconvencción, es lo cierto que el demandado y apelante introdujo esta cuestión de forma clara en su contestación a la demanda y conformó el objeto del proceso, sin lugar a dudas, hasta tal punto que se acordó al finalizar el acto de la vista como diligencia final, librar oficio a la Administración Penitenciaria para que informara sobre los ingresos en prisión del apelante. El cual además comparece en el acto de la vista con documentos relativos a su trabajo no retribuido en prisión y las perspectivas de trabajo y remuneración para el caso de progresar en grado.

Es por ello que no puede después sostenerse en sentencia bajo el razonamiento de que no ha sido objeto del proceso.

Entrando así a resolver esta pretensión debe señalarse que la situación en que nos encontramos es que el apelante está en prisión sin que realice en la misma trabajo remunerado, ni se tenga conocimiento de otros ingresos o patrimonio para hacer frente al abono de la pensión de alimentos.

Hemos señalado en resoluciones anteriores que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como

referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículo 1319 y 1362 del Código Civil) y los recursos y disponibilidades del guardador (artículo 93, 145-1 y 1438 del Código Civil), aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículo 103 y 1438 del Código Civil), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981, 1 de febrero de 1982 o 5 de octubre de 1993).

Para ello ha de tenerse presente:

a).- Que los alimentos comprenden todo lo que resulte común y ordinariamente necesario para la alimentación, morada, vestido, asistencia médica, educación y formación integral, como cabe inferir de lo establecido por los artículos 142 y 154 del Código Civil.

b).- Que la obligación de prestar alimentos corresponde a ambos progenitores, como claramente se desprende de los artículos 110, 143, 144 y 154 del Código Civil.

c).- Que cada progenitor habrá de contribuir a la prestación alimenticia, en cantidad proporcional a sus respectivos recursos económicos, como se desprende del artículo 145 del Código Civil.

d).- Que en la contribución correspondiente al progenitor que ostente la guarda y custodia del menor habrá de computarse el trabajo que deba dedicar a su atención y cuidado, según cabe inferir de lo establecido por los artículos 103 y 1438 del Código Civil.

e).- Que la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada a los ingresos, recursos y disponibilidades económicas de los obligados a darlos y a las efectivas necesidades de los hijos, según los usos y las circunstancias de la familia, como cabe inferir de lo establecido por los artículos 93, 145, 146, 1319, 1362 y 1438 del Código Civil.

En esta valoración, lo que ahora se plantea es la procedencia de extinguir o suspender la pensión de alimentos por los motivos antes expresados. Ciertamente para supuestos como el presente, dado el carácter temporal de la situación del obligado al pago, en principio no procede la extinción que se peticiona en el recurso, pero si cabe valorar la suspensión de la obliga-

ción durante el periodo de estancia en prisión y la no obtención de ingresos económicos.

Sobre este particular, como señala la SAP Asturias, sección 7ª, de 19 de julio de 2018, acordar la suspensión de la obligación de pago de la pensión de alimentos no hace más que seguir la línea al respecto marcada por el Tribunal Supremo, y así, la sentencia 184/2016, de 18 de marzo, establece, en efecto, un cuerpo de doctrina para supuestos de esta naturaleza.

Se pronuncia en los siguientes términos:

1.- La sentencia de 17 de febrero de 2015, Rc. 2899/2013 contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE , y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013). ii) Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.

2.- Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, Rc. 735/2014 , en la que recoge que:

“El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potes-

tad de hacerlo “en todo caso”, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 Código Civil. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

“La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 Código Civil, esta obligación cesa “Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 Constitución Española y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres”.

3.- En esta línea jurisprudencial se ha venido pronunciando la Sala en sentencias posteriores, como la de 10 de julio de 2015, Rc. 682/2014; 15 de julio de 2015, Rc. 1359/2014 y 2 de diciembre de 2015, Rc. 1738/2014.

A nuestro juicio, una interpretación correcta de esta doctrina jurisprudencial debe conllevar a estimar parcialmente la pretensión de la parte apelante sobre esta cuestión suspendiendo la obligación pues el apelante carece de todo tipo de ingresos (salvo los que le facilita su familia), sin conocerse otra prestación o subsidio alguno, y se encuentra ingresado en un centro penitenciario por lo que su capacidad de acceso a un empleo, aunque no imposible, está muy limitada y no depende exclusivamente de él, por lo que tal posibilidad de la suspensión, máxime cuando la misma prevé

alzarse si el apelante tiene algún ingreso, lo que incluye el supuesto de que efectivamente dentro del centro penitenciario pueda acceder a algún tipo de ocupación remunerada en cantidad que permita levantar la suspensión total o parcialmente en función de la cuantía.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Habida cuenta de la naturaleza del procedimiento no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

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

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Apelación formulado por la representación procesal de D. S. contra la Sentencia dictada en los autos de Modificación de Medidas de Divorcio por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2, procede revocar la misma y, en su lugar, establecer como régimen provisional de visitas en tanto permanezca el apelante en prisión y no pueda retomarse el régimen establecido en sentencia de divorcio, el siguiente:

Mientras que permanezca en prisión, se sustituye el régimen anterior por visitas durante el tiempo de los permisos penitenciarios del demandado, incluyendo pernocta, y que se realizarán en casa de los abuelos paternos, avisando con suficiente antelación a la madre del menor de la fecha de tales permisos.

Igualmente procede acordar la suspensión de la obligación de pago de la pensión de alimentos en favor del hijo menor durante el periodo de estancia en prisión y la no obtención de ingresos económicos.

87.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 08/05/2019

Se desestima queja en relación a la actuación del Coordinador de Formación.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, queja en relación a la actuación del Coordinador de Formación del Centro Penitenciario de Albolote.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer las motivas de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 70 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 las preceptos del régimen penitenciaria puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno en relación a la actuación del Coordinador de formación del Centro Penitenciario de Albolote, y atendido lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento Penitenciario y en la Instrucción 12/06, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario y por el propio Gestor de Formación, procede su desestimación tal y como ha interesado al Ministerio Fiscal, pues:

- El interno, como interno clasificado en segundo grado, tiene la obligación de cumplir con el horario establecido en relación al régimen de vida que le corresponde debiendo abandonar su celda para bajar al patio o a las

actividades después del recuento, tanto en el turno de mañana como en el de tarde.

- En relación a los internos que solicitan quedarse por las tardes en sus celdas por razones de estudio, se exige, bien que se trata de estudios incluidos en los programas educativos del Centro Penitenciario (UNED, preacceso, acceso para mayores de 25 años y grados universitarios) y pruebas libres de Bachillerato, bien que se acredite la realización de otros estudios mediante la correspondiente matrícula oficial.

- En el caso examinado, el interno solicitante no está incluido en ninguno de los programas educativos ya mencionados, y en relación a su alegación de estar matriculado en un Instituto de FP del País Vasco, el Centro Penitenciario indica que el documento aportado es una mera solicitud de matrícula sin firma alguna, fechada el 8 de marzo del 2019, muy lejos ya del inicio del curso escolar y, curiosamente, pocos días después de ser progresado a segundo grado de tratamiento.

Finalmente, las gestiones y tareas que competen al Gestor de Formación, se refieren únicamente a los programas que figuran en el Convenio de colaboración con la UNED de modo que en relación a cualquier interno que se matricula en enseñanzas no universitarias, como sería el caso, y en la que respecto a material didáctico (exámenes, libros, etc...) se seguirá la normativa general establecida para las comunicaciones escritas o para la recepción de paquetes.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues tal actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestime la queja del interno del Centro Penitenciario de Albolote.

88.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 09/07/2019

Se limita la compra de tarjetas telefónicas y paquetes de tabaco por razones de seguridad.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En este juzgado se tramita expediente, en virtud de escrito remitido por el interno del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una queja porque el Centro Penitenciario no le permite comprar más de una tarjeta telefónica al día y solo cuatro a la semana.

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.- A la vista de los datos resultantes de los informes que obran en el expediente, la queja planteada por el interno, debe ser desestimada, ya que no se limita el uso, ni la finalidad, ni el número de llamadas ni la duración de las mismas; sino que lo que se limita, en el caso de las tarjetas telefónicas y del tabaco es la compra diaria de estos efectos (una tarjeta diaria/cuatro semanales y dos paquetes de tabaco al día) por razones de seguridad, ya que se ha constatado que se vienen utilizando como medio de pago de “trapicheos”, extorsiones, deudas, etc. (informe de la Directora del Centro Penitenciario de A Lama de fecha 11 de junio de 2019). Parece que la limitación está justificada, ya que permite compaginar un uso razonable de las comunicaciones telefónicas y del consumo de tabaco, con las exigencias propias de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la petición formulada por el interno al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, ARCHIVÁNDOSE el presente expediente.

89.- ESCRITO DEL JUZGADO PENAL 6 DE MURCIA DE FECHA 22/05/2019

Se facilita al interno CD para acceso a la grabación del acta de juicio.

En virtud de lo acordado en providencia de fecha once de abril de dos mil diecinueve, en el procedimiento arriba referenciado, le remito el presente junto con copia de CD, para que haga exhibición al penado del acta del juicio grabada (se remite en CD adjunto copia fehaciente del vídeo de 4 minutos de duración).

90.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALLADOLID DE FECHA 21/08/2019

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es competente para el restablecimiento del Derecho vulnerado, pero no para determinar el alcance de la reparación por su vulneración.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente expediente arriba indicado se incoó en virtud de escrito dirigido a este Juzgado por el interno del Centro Penitenciario

de Segovia, y en el que expone petición y queja sobre gasto de traslado de equipaje.

SEGUNDO.- Conferido traslado del mismo al Ministerio Fiscal, emitió dictamen en el sentido obrante en el expediente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Reclama el interno la devolución de un pago que dice haber hecho indebidamente por el transporte de sus pertenencias desde el Centro Penitenciario al actual en el que se encuentra.

Como presupuesto conviene haber dos puntualizaciones. La primera que el artículo 318 del Reglamento Penitenciario fija el contenido del derecho susceptible de amparo ante esta Jurisdicción, que se concrete en que todo interno que sea trasladado a otro Establecimiento penitenciario tendrá derecho a que la Administración penitenciaria realice el traslado de sus pertenencias personales por un peso que nunca podrá ser superior a los 25 kilogramos, siendo con cargo al interno el traslado de todo aquel material que exceda del peso indicado. Y ya fuera de ese rango de los derechos, el precepto puntualiza que para los casos excepcionales de internos sin medios económicos se estudiarán por parte de la Junta Económico-Administrativa del Establecimiento Penitenciario las posibles medidas a adoptar, que deberán ser aprobadas por el centro directivo. El derecho del interno se fija así en que es la Administración quien debe encargarse del traslado de las pertenencias del interno cuando éstas no superen un determinado peso, siendo ella, la Administración quien ha de determinar el cómo se lleva a cabo, si por sus propios medios (furgones de la Guardia Civil –modo habitual–) o bien acudiendo a recursos ajenos (contratación de una empresa de transporte).

En segundo lugar, la mecánica en el caso de traslado de las pertenencias de los internos cuando no es competencia de la Administración, no es que la Administración se encarga del transporte y pasa el correspondiente cargo por el gasto al interno, antes bien simplemente hace una gestión por cuenta de aquél con un tercero, una empresa de transportes, de ahí que solicite al interno autorización para que realice el pago con cargo a su cuenta de peculio. Pero ello no implica que sea la Administración quien responde del servicio y de sus eventuales incidencias (sirva de ejemplo, desperfec-

tos en la mercancía transportada). Esta forma de proceder es la habitual en cuanto a la adquisición de bienes y servicios por los internos, para facilitarle el acceso a aquéllos; sirva de ejemplo, el servicio de demandadero, a través del cual los internos adquieren los bienes y servicios autorizados que necesitan y que no se venden o suministran en el Economato (ropa, ciertos productos de aseo...). La Administración no es más que un mero intermediario ante la situación de privación de libertad entre los terceros suministradores y los internos, pero no es la Administración quien contrata, ni quien responde del resultado de la gestión, no convirtiéndose por ello en suministradora.

Dicho esto, la conclusión no es que exista un pago indebido a la Administración, que es lo que sustenta el interno, pues ella no cobra por servicio alguno, pues no lo presta, antes bien, lo que el interno denomina una devolución es en realidad la reclamación de una indemnización por la infracción del eventual derecho del interno, cuyo quantum se cifra en el importe de lo satisfecho por el transporte realizado por un tercero de las pertenencias. Por cierto, no es que el Estado haya cobrado nada al interno, frente a lo que dice él, antes bien se ha limitado a gestionar, ante la privación de libertad, la contratación por parte del interno de un servicio de transporte, siendo la relación en todo caso entre el interno y aquella empresa. Esto es, no hay ingreso indebido en el erario público de cantidad alguna.

Se pretende por tanto que en esta sede se condene al Estado por la infracción de un derecho, concretándose la reclamación en el importe de lo satisfecho por decisión del interno al transportista. Se reclama así no que la Administración transporte sus pertenencias al Centro actual en el cual se encuentra el interno, antes bien que se le indemnice por haber tenido que encargarse y sufragar el interno tal acción.

Tal pretensión escapa de las competencias de este Juzgado, pues no se reclama la realización del derecho (transporte de las pertenencias), antes bien el daño causado por no haberse respetado su derecho por la Administración. Si esa es la pretensión del interno, deberá formular la reclamación en vía administrativa y, en su caso, agotada la misma, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, todo ello conforme al artículo 67 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 13 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Hay que recordar que de admitirse reclamaciones en esta sede como la que formula el interno se estarían violando los más elementales derechos de defensa y audiencia del Estado, el cual no es parte ante este Juzgado conforme a la Disposición Adicional 5 Ley Orgánica del Poder Judicial y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995.

SEGUNDO.- Cabe por ello plantear cuál puede ser en este caso el alcance de la competencia objetiva del Juez de Vigilancia al amparo del artículo 76.2.5 de la Ley Orgánica General 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”.

Para ello ha de partirse del derecho del interno con relación a qué pertenencias han de ser trasportadas por la Administración en caso de traslado. Como ya se dijo, ese derecho lo fija el artículo 318 del Reglamento Penitenciario en un peso 25 kilos.

Por ello, si se entiende que la Administración ha vulnerado el derecho del interno, lo único que cabe es declarar tal infracción y remitir a aquél a la vía administrativa en orden a cuantificar el importe indemnizatorio, por el procedimiento citado en el párrafo precedente. No cabe la transmutación del derecho del interno, que es a que se le trasladen las pertenencias por un peso inferior a 25 kilos, en la forma y modo que determine la Administración, ex artículo 318 del Reglamento Penitenciario, en su equivalente, que no es sino una prestación de carácter resarcitorio.

Que la suma que se reclama no sea muy relevante, no dota al Juzgado de Vigilancia de competencia en orden a su cuantificación y eventual condena al pago. Es la naturaleza de la acción y no el elemento cuantitativo.

Piénsese que la salvaguarda de los derechos de los internos es precisamente la competencia más propia de esta Jurisdicción de Vigilancia, artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo cual el reconocimiento de una eventual infracción de derechos de los internos es algo consustancial a la función del Juez de Vigilancia (piénsese en supuestos en que están en juego otros derechos, sirva de ejemplo, la aplicación de un medio coercitivo, un cacheo, una intervención de comunicaciones, una denegación de asistencia

médica o de una comunicación... y en los cuales la eventual indemnización por la vulneración puede ser muy elevada), más ello no implica que éste sea el lugar para fijar las correspondientes indemnizaciones. En estos casos la actuación del Juzgado de Vigilancia se limita a declarar la infracción del derecho —y acordar el cese de la medida acordada por la Administración si es que sigue subsistente—, pero no fija indemnización alguna, lo cual no significa que el interno que haya visto lesionado su derecho no pueda acudir a la vía correspondiente, la administrativa primero y luego jurisdiccional contencioso-administrativa.

Si la vulneración fuera de otro derecho, por ejemplo, a que se le suministrasen ciertas prendas de vestir y la Administración se lo negare ¿se condenaría a aquélla en esta sede al importe de las adquiridas por el interno por otros cauces para el caso de entender que se ha vulnerado su derecho? O en caso de una deficiente atención médica en el medio penitenciario, frente a la cual interno acudiera a un sistema privado de salud que generara unas gastos importantes (hace unos años la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias negaba el más puntero tratamiento del VHC, cuyo coste era elevadísimo, con lo cual podría haberse dado el caso que un interno con recursos se lo costeara y hubiera formulado luego una reclamación de muchos miles de euros) ¿se ventilaría el monto de la indemnización por el coste asumido por el interno en esta sede, a espaldas de la Abogacía del Estado, bajo la excusa de que el Juez de Vigilancia es la salvaguarda de los derechos fundamentales y derechos y beneficios penitenciarios de los internos?

No desconoce el que suscribe la existencia de algún pronunciamiento judicial en sentido contrario al expuesto. Sirva de ejemplo el Auto de la Audiencia Nacional, 1ª, de 17 de diciembre de 2010, que en un supuesto de registro de una celda sin la presencia del interno condena al Estado a restituir una serie de pertenencias que se dice fueron sustraídas. O el de la Audiencia Provincial Cádiz, 1, de 8 de mayo de 2017; los de la Audiencia Provincial Sevilla, 4, de 15 de abril de 2008, y 18 de julio de 2017; y el de la Audiencia Provincial de Valladolid, 2, de 10 de agosto de 2018; en ellos se condenan a la Administración a pagar lo satisfecho por el interno para el transporte de sus pertenencias, como consecuencia de la infracción de su derecho. Por su parte, la Audiencia Provincial Segovia, 1a, en resoluciones de 28 de diciembre de 2012 y 29 de enero de 2016, entiende que se trata de una cuestión ajena al ámbito de Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en

la medida que en esto supuestos, cuando lo que reclama el interno es el reintegro de un pago voluntariamente por él realizado no es sino una reclamación de responsabilidad civil del estado que se incardina en el ámbito administrativo y, en su caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995 antes citada, reconoce la posibilidad por parte del Legislador, en cuanto al establecimiento para el control de la Administración, de órganos judiciales especializados diversos de los órganos administrativos especializados o a los Tribunales de la jurisdicción contencioso, –en este caso a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, pertenecientes al orden jurisdiccional penal–. Pero el alcance de ese control es el restablecimiento del derecho, no la reparación por su vulneración, que es un cambio en la naturaleza de aquél, lo que excluye por ello la fijación de prestaciones indemnizatorias.

Admitir esa transmutación del derecho del interno, que es a que se transporte por la Administración sus pertenencias hasta un peso de 25 kilos (como ella desee, usando sus propios medios o recurriendo a terceros), acogiendo la pretensión indemnizatoria consistente en que se le abone lo por él pagado para tal fin, sería desconocer la especial configuración de la función de salvaguarda atribuida la Juez de Vigilancia, que lo es del derecho, no de las consecuencias de su vulneración, aspecto este último que, de admitirse implicaría la legitimación e intervención de la propia Administración en defensa de sus intereses, que en este caso, no ya la declaración, sino la cuantificación del daño fruto de ese pronunciamiento judicial reconocedor de la infracción producida, lo cual ha de tener lugar en sede administrativa y, eventualmente, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

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

DISPONGO

Declarar la falta de competencia objetiva para condenar a la Administración al pago de la suma reclamada por el interno.

91.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 04/09/2019

Se desestima queja sobre la no autorización para sacar frutas al patio.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario de Córdoba formulando queja por no autorizarle el Centro Penitenciario a sacar piezas de frutas al patio.

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 por no autorizarle el Centro Penitenciario a sacar piezas de frutas al patio, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario, y de las razones de seguridad y salubridad alegadas, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues, además del hecho de que los internos deponen del Servicio de cafetería durante el tiempo de patio, y que se les permite sacar al mismo agua, tabaco u otros productos del economato que hayan sido prescritos por el médico, no se permite sacar el resto de productos que hayan podido adquirir en el economato, pues, por un lado, ello haría necesario el cacheo de los mismos por el funcionario, con el riesgo evidente de contaminación de los mismos, comprometiendo

su higiene y, por otro, se evita un mecanismo utilizado frecuentemente para extorsionar a internos obligándoles contra su voluntad a adquirir productos de economato que luego en el patio se ven forzados a entregar o le son arrebatados por la fuerza, situación que no se produce si le son entregados y disponen de ellos en sus propias celdas.

Por tanto la decisión adoptada no es arbitraria, sino que responde razones de seguridad e higiene debidamente justificadas.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (Artículo 76.1 y 2-g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

VISTOS los preceptos legales citados y damas de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno del Centro Penitenciario Córdoba.

92.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 06/09/2019

Se desestima queja sobre no participación en actividades deportivas monitorizadas de interno clasificado en primer grado.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Córdoba formulando queja en reclamación de participación en las actividades deportivas monitorizadas que se desarrollan en el Centro Penitenciario.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en oden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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, examinada la queja formulada por el interno en reclamación de autorización para actividades organizadas por el monitor deportivo, y a la vista de lo actuado en el presente expediente, procede señalar:

- Que el interno se encuentra clasificado en primer grado (régimen cerrado) cuyo régimen de vida se caracteriza por una limitación de las actividades en común y por un mayor control y vigilancia sobre los internos

- Que los internos del módulo 15 donde reside el interno, tienen ofertado el catálogo general de actividades del centro, encontrándose un ejemplar del mismo depositado en el departamento, así como otro ejemplar en la biblioteca central, teniendo acceso a los mismos, y que son de carácter educativo (inglés primaria, secundaria, bachillerato y UNED) ocupacionales (juegos de mesa, taller de hilos, dibujo y taller de telas), y deportivas sin tutorizar.

- Que, además, en dicho módulo 15 se desarrolla el Programa de Intervención de internos en Régimen Cerrado conforme a la Instrucción 17/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, con un programa que incluye actividad física monitorizada, taller de debates y terapia psicológica, cuya realización es de carácter voluntario.

Por consiguiente, los únicos internos de primer grado que desarrollan actividades deportivas monitorizadas son los incluidos en el Programa de Régimen Cerrado, en el que el interno solicitante no ha mostrado interés alguno en participar, de modo que, tratándose de un Programa integral, no

resultarla posible solicitar sólo una de las actividades de dicho programa con exclusión de las demás.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno del Centro Penitenciario Córdoba, en los términos expuestos en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

93.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALMERÍA DE FECHA 10/09/2019

Se destima la petición de conceder una entrevista a medios audiovisuales.

HECHOS

PRIMERO.- El presente expediente penitenciario fue incoado por Diligencia de Ordenación de fecha 8 de julio de 2019 en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en carta de la interna formulando queja contra la Resolución del Centro Penitenciario de Almería de fecha 24/05/2019 en la que se denegaba su petición de exponer su punto de vista a profesionales de medios audiovisuales mediante la celebración de una entrevista con los mismos.

SEGUNDO.- Consta en el presente expediente penitenciario los pertinentes informes remitidos, con fecha 8 de agosto de 2019, por el Centro Penitenciario de Almería relativos al objeto de discusión.

TERCERO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emite informe, con fecha 9 de septiembre de 2019, interesando el archivo del presente expediente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Tal y como previene el artículo 762.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 beneficios penitenciarios de aquéllos. A tal efecto, incoado el presente expediente penitenciario en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en carta de la interna formulando queja contra la Resolución del Centro Penitenciario de Almería de fecha 24/05/2019 en la que se denegaba su petición de exponer su punto de vista a profesionales de medios audiovisuales mediante la celebración de una entrevista con los mismos de los informes recibidos así como del contundente informe del Ministerio Fiscal al respecto, resulta que procede la desestimación de la queja formulada, tratándose de una interna que se encuentra en situación de presa preventiva y con fecha de juicio que se celebrará siguiendo el procedimiento del Jurado, siendo, además, que esta petición, de estimarse, interferiría en el desarrollo del procedimiento penal al que se encuentra sujeta la interna, no estando suficientemente justificada la necesidad de la misma, pues si bien el Reglamento Penitenciario establece el derecho de los internos a las relaciones con el exterior a través de las comunicaciones ordinarias especiales, telefónicas, y/o epistolares, no es menos cierto que este derecho debe ponerse en consonancia, dados los hechos por los que se le va a enjuiciar a la referida interna, con lo dispuesto en la ley que regula el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015 de 27 de abril) que trata de impedir entre otros, una victimización secundaria de las víctimas de delitos por muerte o desaparición. y que el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima, no se limita a aspectos materiales y económicos sino que también se extiende a su dimensión moral. No debe olvidarse que los derechos a la libertad de expresión e información, según reiterada doctrina jurisprudencial, no pueden invadir otros derechos tales como el derecho a la intimidad, el honor o la propia imagen, en este caso, de las víctimas del delito por el que se juzga a la interna peticionaria.

Por todo lo expuesto procede la desestimación y el archivo de la queja formulada por la interna, 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 la interna formulando queja contra la Resolución del Centro Penitenciario de Almería de fecha 24/05/2019 en la que se denegaba su petición de exponer su punto de vista a profesionales de medios audiovisuales mediante la celebración de una entrevista con los mismos.

94.- DILIGENCIA DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 11/09/2019

Para reclamar la notificación de una resolución judicial debe dirigirse al órgano judicial que la dicte.

Por recibido el anterior escrito del interno del Centro Penitenciario de Córdoba, en el que solicite la notificación del Auto de Apelación emitido por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional correspondiente al recurso de Apelación referido al margen y relativo a la pieza de Peticiones y Quejas 547/2010 0025, únase a las presentes actuaciones, debiendo poner en conocimiento del referido interno, que:

1.- Este Juzgado no es competente para notificar las resoluciones dictadas por otro órgano judicial.

2.- Cuando la Sección 1^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dicta Auto resolviendo recurso de Apelación, y devuelve a este Juzgado las actuaciones, procedemos, a remitir vía fax, al Centro Penitenciario correspondiente, copia, de dicha resolución para conocimiento del Centro y constancia en el expediente penitenciario del interno.

En el presente caso, consta remitido vía fax, al Centro Penitenciario Córdoba con fecha 04/06/2019, copia del Auto de Apelación de fecha 29-05-2019 dictado por la Sección 1ª Sala Penal de la Audiencia Nacional.

3.- Por otra parte, y siendo preceptivo Abogado para el recurso de Apelación, como así consta, la Sala ha debido notificarle el Auto dictado por la misma, como así manifiesta el propio interno, por lo que puede solicitarlo a su Abogada.

4.- Y por último, si desea reclamar algún Auto de Apelación, deberá dirigirse al órgano que lo haya dictado, en este caso la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

95.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 21/10/2019

Se destima la queja interpuesta contra el acuerdo de la Junta consistente en no autorizar tres salidas de fin de semana.

HECHOS

PRIMERO.- Que el presente expediente se incoó en virtud comparecencia en este Juzgado del interno del Centro de Inserción Social de Huelva formulando queja contra la sanción impuesta.

SEGUNDO.- Recabados los informes pertinentes del Centro de Inserción Social, se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de interesar la desestimación de dicha queja.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Que valoradas en conjunto, las alegaciones contenidas en el escrito del interno y la información aportada por el Centro de Inserción Social, procede desestimar la queja planteada; Y ello porque tras la notificación al interno el 26 de septiembre del resultado positivo a cocaína de la analítica practicada, y a fin de no perjudicarle, en tanto se realizaba el contraanálisis solicitado, se le autorizó la salida laboral el viernes 27 de

septiembre, no autorizándosele sin embargo la salida de fin de semana, según constaba en la orden de salida expuesta, como es habitual y como el interno conoce, todos los jueves en el tablón de anuncios para conocimiento de todos los internos, no regresando por ello al CIS a las 22,00 horas del viernes, intentándosele localizar en la mañana del sábado día 27 de septiembre por el Jefe de Servicios en el teléfono de su pareja y que el interno tiene señalado como teléfono actual de contacto, respondiendo el contestador automático y no pudiendo ser localizado el interno, que no reingresó en el Centro hasta las 22:00 horas del 30 de septiembre, acordándose por Junta de tratamiento de 2 de octubre el castigo de un fin de semana sin salir, por el incumplimiento de su obligación de mirar la orden de salida (cosa que el interno reconoció ante los profesionales del Centro y ante esta Juzgadora no haber hecho) y tras las oportunas comprobaciones con las personas que habían llevado a cabo el intento de localización del penado, a fin de evitar que pudiera existir un error en el número telefónico al que se había efectuado la llamada y comprobado que se había hecho al número señalado por el interno, el de su pareja, la Junta de Tratamiento de 9/10/2019 acordó imponer un castigo de tres fines de semana sin salidas de fin de semana y sin perjuicio de autorizarle las salidas laborales tanto viernes como sábado de 6 a 22, 00 horas, pernociando ambos días en el Centro y permaneciendo en el CIS el domingo, al considerarse grave el incumplimiento de la obligación de estar localizable y conforme a las atribuciones conferidas a dicha Junta por el artículo 87.1 del Reglamento Penitenciario.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a.

PARTE DISPOSITIVA

S.S^a ACUERDA: Desestimar la queja formulada por el interno del Centro de Inserción Social de Huelva y el archivo del presente expediente.

96.- SENTENCIA 423/2019 DE J. PENAL 4 CASTELLÓN DE FECHA 08/11/2019

Delito de resistencia cometido en Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Las presentes diligencias se incoaron en virtud de expediente redactado en Centro Penitenciario Castellón 1, el 4-07-2018 (f.2) por atentado y lesiones contra el interno. Se tramitó la causa arriba indicada remitida al Juzgado Decano una vez concluida quien la repartió a este Juzgado de lo Penal, incoando el presente procedimiento

Segundo. La vista del Juicio se ha celebrado hoy, y el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación definitiva presentado en la vista calificó los hechos como constitutivos de un delito de resistencia de artículo 556 del Código Penal en concurso ideal de artículo 77 del Código Penal con un delito leve de lesiones, del artículo 147.2º del Código Penal imputables al acusado, sin circunstancias, rebajando la pena propuesta en el escrito provisional, pues ahora reclama por el delito la imposición de 3 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas, y por el delito leves una pena de multa de un mes con cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de artículo 53 del Código Penal. Sin reclamar indemnización. Y pago de las costas.

Ante esta modificación realizada por el Ministerio Fiscal, la defensa y el acusado muestran conformidad, firmando el escrito,

Tercero.- Preguntado el acusado sobre su conformidad o disconformidad con el delito y penas que habían sido objeto de modificación por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, expreso su conformidad con todo.

El Ministerio Fiscal y defensa consideraron innecesaria la continuación del juicio, dándose por terminado el acto tras anticiparse por S.Sª oralmente el fallo de la sentencia, de acuerdo con la petición realizada por el Ministerio Público, declarándose la firmeza de la sentencia al indicar las partes que no recurrirían la misma en el mismo acto.

Cuarto.- A continuación se dio traslado a la defensa, quien no interesó el beneficio de la suspensión de la pena de prisión, informando desfavora-

blemente el Ministerio Fiscal denegándose todo beneficio y acordándose el cumplimiento inmediato de la pena.

HECHOS PROBADOS

Queda probado y así se declara, por expresa conformidad, que: el acusado, mayor de edad, con antecedentes penales, sobre las 11:45 horas del día 4 de julio de 2018, encontrándose interno en el Centro Penitenciario de Castellón 1 (Castellón de la Plana), acudió a la oficina del establecimiento penitenciario donde se encontraban los funcionarios de dicho establecimiento, en estado agitado y con actitud agresiva, llegando a propinarse cabezazos contra la pared.

Así las cosas, los funcionarios del establecimiento penitenciario, en el ejercicio de sus funciones, procedieron a coger al acusado para evitar que se autolesionara, procediendo a reducirlo.

Seguidamente, el acusado con ánimo de menoscabar el principio de autoridad de los funcionarios del establecimiento penitenciario, así como su integridad física, propinó patadas y golpes contra los mismos.

Como consecuencia de los hechos el agente sufrió eritema y erosión en frente en región derecha y contusión en costado derecho requiriendo de una primera asistencia facultativa” de seis días de curación no impeditivos, sin defecto ni deformidad, habiendo manifestado el agente ser su voluntad la de no reclamar por las lesiones ocasionadas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.-Vista la conformidad del acusado y de su Letrado defensor con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal debe revisarse el acuerdo, y partiendo de los hechos libremente admitidos por el acusado, estos colman un delito de resistencia a un funcionario, de artículo 556 del Código Penal, en concurso ideal del artículo 77 del Código Penal con un delito leve de lesiones de artículo 147.2º del Código Penal, pues uno de los funcionarios sufrió lesiones leves, tardando en sanar 6 días no impeditivos, aunque nada reclama.

Despreció la autoridad de los funcionarios de prisiones, y tuvo intención de causar daño a los mismos, que vestían uniforme, resultando uno

lesionado, y las penas propuestas, de prisión de 3 meses para el delito de resistencia y de multa de 1 mes para el delito leve, son proporcionadas, al no concurrir circunstancias, y encajan en el marco legal.

En atención a lo prevenido por el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede dictar sentencia de conformidad sin más trámites, en los términos solicitados por la acusación, que no puede referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación, teniendo en cuenta que la pena solicitada no excede de seis años de prisión.

Conviene recordar que la declaración de voluntad que emite el imputado manifestando su conformidad respecto de los hechos y pena solicitada por la acusación pública, con asistencia de su defensor, no es un acto de prueba, puesto que no se dirige a proporcionar al Juzgador elementos que formen su convicción sobre la verdad del hecho (a diferencia de su declaración), sino que se dirige de una manera inmediata a poner fin al proceso, impidiendo la celebración del debate oral, sin que los imputados puedan valerse de otros medios de prueba que los producidos durante la instrucción.

Por ello puede concluirse que se trata de un acto de disposición procesal provocando el pronunciamiento de la sentencia sin necesidad de celebración de juicio oral, que es lo que la defensa, a propuesta de la acusación, han realizado en este acto. Este Juzgador dicta sentencia de conformidad con dicha petición (artículo 694 en relación con los artículos 655 y 787 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los preceptos citados, ratifico mi decisión oralmente anticipada y **FALLO:**

Que de conformidad con las partes, debo condenar y condeno al interno, como autor criminalmente responsable de un delito de resistencia contra funcionario público de artículo 556 del Código Penal, en concurso ideal de artículo 77 del Código Penal con un delito leve de lesiones, del artículo 147.2º del Código Penal sin concurrir circunstancias, a las siguientes penas

- por el delito: a tres meses de prisión e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena,

- por el delito leve: a pena de multa de un mes con cuota diaria de tres euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de artículo 53 del Código Penal.

ÍNDICE ANALÍTICO

ACUMULACIÓN

Los límites máximos de cumplimiento del artículo 76 del Código Penal no son límites absolutos de estancia en prisión: § 4

Se aplica la limitación de cumplimiento de 20 años prevista en el Código Penal de 1995 por considerarla más favorable: § 5

Se declara inadmisibile la demanda interpuesta contra España. Las resoluciones impugnadas no han modificado el alcance de la pena impuesta: § 1

Se declara la nulidad el auto de acumulación. No se consignan en el mismo datos fundamentales para fijar el límite máximo de cumplimiento: § 3

Se desestima demanda en relación a la pretensión de tener en cuenta las condenas ya cumplidas en Francia para efectuar la acumulación jurídica de penas: § 2

CLASIFICACIÓN

Mención al artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario como un sistema mixto de cumplimiento: § 6

No ha lugar a la aprobación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. No se cumplen con los requisitos de excepcionalidad y la justificación en un programa de tratamiento que no pueda ejecutarse de otro modo: § 16

No se aprueba el modelo de ejecución del artículo 100.2 al no fundamentarse el carácter excepcional de la medida: § 8

Se accede al principio de flexibilización del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario: § 13

Se desestima recurso contra la resolución de mantenimiento en primer grado a interno condenado por terrorismo. Voto particular: § 12

Se desestima recurso de apelación. Se considera que no concurren los requisitos del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario. Pese a la enfermedad el interno conserva la capacidad para delinquir: § 7

Se estima recurso de Ministerio Fiscal. Una progresión prematura puede perjudicar al tratamiento del interno: § 14

Se estima recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de progresión a 2º grado de interno condenado por terrorismo: § 11

Se estima recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la progresión a 2º grado de interno condenado por delito de terrorismo: § 15

Se estima recurso, siguiendo el criterio de la Junta de Tratamiento, se acuerda su progresión a 2º grado: § 9

Se estima recurso. La administración no ha efectuado nueva clasificación “de facto”. Por ello, procede la clasificación en primer grado artículo 100.2: § 10

COMUNICACIONES

El artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario no establece una periodicidad de las comunicaciones de convivencia: § 17

No procede “intercambiar” comunicaciones familiares e íntimas: § 20

Requisitos para considerar la condición de allegado: § 23

Se desestima queja contra la denegación del cambio de concepto de “amigo” a “allegado”. Voto particular: § 19

Se desestima queja en relación a solicitud de concesión de comunicaciones de convivencia con frecuencia mensual: § 24

Se desestima queja. Ante la duda de que la carta proviniera del abogado defensor, se procedió a su devolución al interno: § 27

Se desestima queja. No procede autorizar comunicación de convivencia sin hijos menores: § 22

Se desestima queja. No se estima suficientemente acreditada la condición de allegado. Concurren también razones de seguridad: § 26

Se desestima recurso contra intervención de las comunicaciones a condenado por terrorismo. Voto particular: § 25

Se estima parcialmente la queja, autorizando la comunicación de convivencia con menor de 10 años, aunque no acuda la progenitora: § 18

Se estima queja. No procede mantener la intervención de las comunicaciones a interno condenado por delito de terrorismo después de haber sido progresado a 2º grado: § 21

LIBERTAD CONDICIONAL

El no reingreso tras la revocación de la libertad condicional no constituye delito de quebrantamiento de condena: § 35

La competencia para tramitar la libertad condicional prevista en el artículo 91.3 del Código Penal le corresponde al tribunal sentenciador: § 38

La recepción de nueva causa penada no afecta a la libertad condicional otorgada según lo previsto en la L.O. 1/2015: § 28

Manifestación de consentimiento de la libertad condicional y sus condiciones conforme a la nueva regulación: § 30

No cabe la revocación ni la suspensión de la libertad condicional (Ley Orgánica 1/2015) por recepción de nueva causa penada por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional: § 37

No procede la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional cuando resulte desfavorable al reo: § 34

Se aprueba la libertad condicional artículo 197 del Reglamento Penitenciario con obligación de presentarse ante los servicios sociales de Vigo: § 33

Se deja sin efecto la libertad condicional (regulación L.O. 1/2015) al haberse incluido la causa respecto a la que fue decretada, en la acumulación de penas del artículo 76 del Código Penal: § 32

Se deniega la libertad condicional a interno que padece linfoma puesto que se considera que mantiene su capacidad delictiva: § 31

Se estima recurso contra revocación de libertad condicional. La comisión de delito de tenencia ilícita de armas no modifica el pronóstico favorable de integración social: § 36

Se mantiene la medida de control telemático durante el periodo de libertad condicional: § 29

Se remite testimonio al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria por considerarlo competente para resolver conforme a lo previsto en el artículo 91.3 del Código Penal. Se adjunta escrito de la Fiscalía: § 39

LIBERTAD VIGILADA

Concurrencia de la medida de libertad vigilada con nueva causa penada: § 42

Cuestiones sobre la imposición de la medida de libertad vigilada y la determinación de su contenido: § 40

La competencia territorial para el seguimiento de la libertad vigilada vendrá determinada por el lugar de residencia del sujeto a la misma: § 43

Responsabilidad de la Administración Penitenciaria por no atender las exigencias de la libertad vigilada en los términos establecidos por el Tribunal Sentenciador: § 41

LIMITACIONES REGIMENTALES

Se declara ajustada a derecho la aplicación de lo dispuesto en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario por indicios razonable: § 44

Se declaran no ajustadas a derecho las limitaciones regimentales al no cesar las mismas después del mantenimiento en 2º grado: § 45

ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 1.3 de la Decisión Marco 2002/584 sobre la OEDE en relación a las condiciones de reclusión de la persona objeto de la misma: § 47

Se estima demanda interpuesta contra Bélgica en relación a la denegación por parte de las autoridades belgas a ejecutar las OEDES dictadas por España contra presunta implicada en la muerte del padre de los demandantes: § 46

PERMISOS

Doctrina del Tribunal Supremo. La existencia de sanciones sin cancelar no determina necesariamente la existencia de mala conducta: § 48

En el caso de los permisos extraordinarios, la instancia debe ser cursada el mismo día de su entrega y el Centro Penitenciario debe realizar las gestiones para comprobar la veracidad del hecho que motiva el permiso: § 52

Los permisos deben ser estudiados por la Junta de Tratamiento en un plazo máximo de 3 meses: § 50

Para el cómputo del límite máximo de días de permiso a disfrutar durante el año, se tendrá en cuenta la fecha de Junta, no la anualidad en la que se disfruta o autoriza judicialmente: § 49

Se rechaza inhibición del Juzgado de Instrucción para resolver queja ante denegación de permiso extraordinario de preso preventivo: § 51

PRISIÓN PROVISIONAL

Se estima cuestión interna de constitucionalidad. Se declara inconstitucional los incisos del artículo 294.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial “pro inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”. Votos particulares: § 53

Unificación de doctrina sobre el abono de prisión provisional sufrida en otra causa que todavía está en trámite: § 54

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

En base al principio de especialidad en la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega, deben excluirse de la refundición las condenas que no se deriven de la misma: § 56

Se desestima recurso contra auto de refundición. No se acredita que una de las causas incluidas en la misma esté liquidada y licenciada: § 55

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El retraso al regreso de permiso no es sancionable, salvo reiteración: § 65

Estimación parcial de recurso, reduciendo la duración de la sanción de aislamiento impuesta: § 59

La competencia para conocer de la petición del interno sobre la aplicación del artículo 237 del Reglamento Penitenciario, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria que impuso las sanciones: § 59

No se vulnera el principio non bis in idem al no constar sanción previa por el no reingreso de permiso: § 57

Procede la acumulación jurídica de sanciones prevista en el artículo 236.2 del Reglamento Penitenciario: § 64

Se estima parcialmente el recurso. Tapar con folios la rejilla de ventilación, constituye falta leve, no grave: § 62

Se estima recurso contra acuerdo sancionador. Hacer pintadas en el techo de la celda no se considera inutilización de la misma: § 60

Se estima recurso. No es sancionable el mero estado de nerviosismo del interno: § 63

Se fija el límite máximo de cumplimiento de las sanciones de aislamiento en celda y privación de paseos conforme al artículo 236.2 Reglamento Penitenciario: § 62

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Estimación parcial del recurso. Responsabilidad patrimonial por delito cometido por interno durante el disfrute de permiso concedido por la autoridad judicial en vía de recurso: § 67

Se declara al Estado responsable civil subsidiario en el supuesto de un delito de lesiones cometido por interno en el Centro Penitenciario: § 69

Se desestima recurso. No se aprecia falta de vigilancia ni descuido en la asistencia médica al fallecido: § 68

Se estima parcialmente el recurso. Se indemniza al interno por la pérdida de objetos con motivo de la conducción a otro Centro Penitenciario: § 66

SANITARIA

Corresponde a la Administración Penitenciaria la asunción de los costes derivados de la asistencia sanitaria a los internos con independencia de su afiliación a la Seguridad Social. Voto particular: § 70

Se autoriza a los servicios médicos hospitalarios para que informen a los facultativos del Centro Penitenciario sobre el estado de salud del interno: § 72

Se autoriza internamiento de interno en la Unidad de Salud Mental, a solicitud del Hospital Psiquiátrico Penitenciario: § 71

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

Se autoriza la aplicación de medios técnicos para detectar sustancias ilícitas en el interior del cuerpo: § 73

TRABAJO PENITENCIARIO

El cese de la relación especial laboral de los penados no constituye despido, sino una decisión administrativa: § 74

Se desestima la demanda. Los demandantes no tienen derecho al reconocimiento de la categoría profesional pretendida: § 75

TRASLADOS

Se desestima demanda contra las resoluciones de los tribunales españoles no accediendo a traslado de interno condenado por terrorismo a un Centro Penitenciario más cercano a su familia: § 76

Se desestima recurso interpuesto contra resolución de asignación de Centro Penitenciario de destino por estar suficientemente motivada y por lo tanto, no considerarse arbitraria: § 77

OTROS

Comisión de delito de incendio en Centro Penitenciario: § 85

Delito contra la salud publica cometido en Centro Penitenciario: § 84

Delito de resistencia cometido en Centro Penitenciario: § 96

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es competente para el restablecimiento del Derecho vulnerado, pero no para determinar el alcance de la reparación por su vulneración: § 90

No procede declarar la extemporaneidad del recurso al no constar que la notificación fue efectuada de forma personal y directa: § 79

No procede la autorización de autogobierno para la realización de exámenes de la UNED: § 80

No se permite la entrada al Centro Penitenciario después de un permiso con un paquete de folios: § 82

Para reclamar la notificación de una resolución judicial debe dirigirse al órgano judicial que la dicte: § 94

Se desestima la petición de acceso al informe del Centro Penitenciario en el marco de la solicitud de indulto previsto en la Ley de 1870: § 78

Se desestima queja en relación a la actuación del Coordinador de Formación: § 87

Se desestima queja en relación a la circunstancia de haber salido al patio en solitario: § 83

Se desestima queja en relación con los puntos adjudicados por estudios de la UNED: § 81

Se desestima queja sobre la no autorización para sacar frutas al patio: § 91

Se desestima queja sobre no participación en actividades deportivas monitorizadas de interno clasificado en primer grado: § 92

Se desestima la petición de conceder una entrevista a medios audiovisuales: § 93

Se desestima la queja interpuesta contra el acuerdo de la Junta consistente en no autorizar tres salidas de fin de semana: § 95

Se facilita al interno CD para acceso a la grabación del acta de juicio: § 89

Se limita la compra de tarjetas telefónicas y paquetes de tabaco por razones de seguridad: § 88

Se suspende la obligación del pago de pensión de alimentos durante la estancia en prisión y el no acceso a destino remunerado: § 86

